



المجلد الثامن

قسم القواعدِ الفقهيَّة



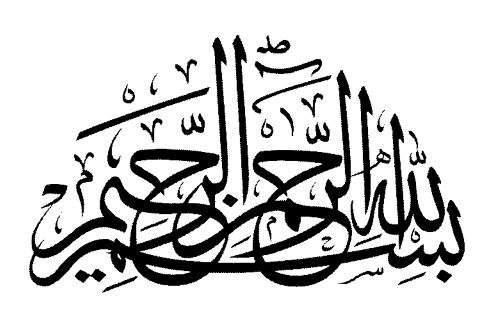


طبع على نفقة
مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان
للأعمال الخيرية والإنسانية
ص.ب: 41355 - أبوظبي - دولة الإمارات العربية المتحدة
هاتف: 6577577 - 02 فاكس: 6577572 - 02
www.zayed.org.ae

الطبعة الأولى
1434هـ - 2013 م

التنفيذ الطباعي: المجموعة الطباعية www.printingroup.com
التجليد الفني: البساط الجديدة للتجليد وتصنيع الكتاب info@newbsat.com


معلمة زايد
للقواعد الفقهية والأصولية


بسم الله الرحمن الرحيم

المجموعة الأولى: القواعد الفقهية الكبرى (تابع)

الزمرة الرابعة: قاعدة: الضرر يزال، والقواعد المتفرعة عنها. (تابع)

الزمرة الخامسة: قاعدة: العادة محكمة، والقواعد المتفرعة عنها.

المجموعة الثانية: القواعد الفقهية الكبيرة

الزمرة الأولى: قواعد في عمومات الشريعة.



رقم القاعدة: ٢٩٧

نص القاعدة: بَقَاءُ أَثَرِ الشَّيْءِ كَبَقَاءِ أَصْلِهِ فِيمَا يَرْجِعُ إِلَى دَفْعِ الضَّرَرِ[١].

قواعد ذات علاقة :

١- الضرر يزال[٢]. (أعم).

٢- أثر الشيء دون أصله[٣]. (أصل استثنيت منه القاعدة).

شرح القاعدة :

أثر الشيء ما كان ناتجًا عنه، كوجوب النفقة في عقد النكاح، وكالمِلك في عقد البيع؛ فإن كلاً منهما ناتج عن العقد فهو أثر من آثاره، «وأثرُ الشيء يكون بعده، وعلامتُه تكون قبله؛ تقول: الغيوم والرياح علامات المطر، ومدافع السيول آثار المطر»[٤].

(١) المبسوط للسرخسي ٢٥/٨٥.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص٨٣، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٨٥، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٣) المبسوط ٢٦/٨٥.

(٤) الفروق اللغوية لأبي هلال العسكري، الفرق رقم ٤١، ص١٥.

وهذه القاعدة تتعلق بخصوص العلاقة بين الأشياء وآثارها المتبقية بعد زوال أصولها، وهي تفيد أن آثار الأشياء إذا كانت باقية بظهور الدلائل عليها، وكان تعليق الحكم بها تندفع به المضار، فإنها تجعل بمنزلة أصولها في إناطة الأحكام بها، كبقاء العدة في المدة المقدرة شرعًا تُجعل كبقاء أصل النكاح فيما يتعلق ببعض أحكامه كاستحقاق النفقة وثبوت النسب والتوارث وبقاء حرمة المصاهرة.

وبيّنٌ أن القاعدة تعد استثناء من الأصل المتقرر من كون الأثر يختلف حكمه عن حكم أصله، غير أن في القاعدة التي بين أيدينا كان له حكم أصله لما يترتب على عدم أخذه حكم أصله من أضرار، ولذلك جاء التقييد بهذا في نص القاعدة، وهي بهذا فرع من فروع القاعدة الكبرى: «الضرر يزال».

وليس المقصود من تنزيل الأثر مقام أصله فيما يرجع إلى دفع الضرر أن يرقى لمنزلته في إناطة الحكم به؛ لأن أثر الشيء وإن كان من بابه[1] وهو لازم له[2] فقد يشاكله من جهة الهيئة والمقدار فيكون غيره فلا يتعلق به حكم أصله كاستحالة الدم لحمًا والخمر خلاً[3] أو دونه فلا يربو على أثر أصله في تعلق الحكم به، كما قرر ذلك الفقهاء بقولهم: «أثر الشي دون أصله»[4].

والقاعدة متسعة المجال؛ إذ تشمل أبوابًا فقهية عديدة من عبادات ومعاملات وجنايات وغيرها، كما يظهر ذلك في فقرة التطبيقات.

---

(١) التقرير والتحبير في شرح التحرير لابن أمير الحاج ٢/١١١.

(٢) فتح الغفار لابن نجيم ٣/٩٢.

(٣) المحلى لابن حزم الظاهري ٦/١٠١.

(٤) المبسوط ٢٦/٨٥.

أدلة القاعدة :

١- قال الله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء: ٦].

هذا يدل على منع الشخص من مباشرة التصرفات المالية مستقلاً عند البلوغ إذا لم يؤنس منه الرشد؛ لبقاء أثر الصِّبا، وبقاء أثره كبقاء عينه في دفع الضرر[١].

٢- لأن الضرر واجب الدفع ما أمكن[٢]، فإذا كان جعل بقاء أثر الشيء كبقاء أصله فيه دفع للضرر فإنه يكون واجبًا ما أمكن.

تطبيقات القاعدة :

١- لو أن شخصًا أذن له بالتصرف في شيء ما ثم رفع هذا الإذن والشيء ما زال بيده، فما يقر به بعد ذلك مما تعلق بذلك التصرف يكون صحيحًا سواء كان دينًا أو عينًا؛ لدفع الضرر عن الذين يتعاملون معه؛ لأن بقاء أثر الشيء كبقاء أصله فيما يرجع إلى دفع الضرر[٣].

٢- إذا طلق الرجل زوجته وجبت عليه نفقتها حتى تنتهي عدتها؛ لبقاء أثر الزوجية[٤] وبقاء أثر الشيء يجعل كبقاء أصله في دفع الضرر.

٣- إذا تزوجت المرأة المطلقة في عدتها، فإن هذا الزواج يكون باطلاً؛ لبقاء أثر الزوجية فترة العدة[٥]؛ لما في ذلك من منع مضار كثيرة من

---

(١) انظر: كشف الأسرار لعلاء الدين البخاري ٤/٥١٥.
(٢) بدائع الصنائع للكاساني ٥/٢٨٧.
(٣) انظر: المبسوط للسرخسي ٢٥/٨٥.
(٤) انظر: أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٣/٢٤٤.
(٥) انظر: المبسوط للسرخسي ٢٥/٨٥، بدائع الصنائع ٣/٢٠٤، منح الجليل لمحمد عليش ٣/٣٠٧، أسنى المطالب ٣/١٦٤، كشاف القناع للبهوتي ٥/٨١، المحلى لابن حزم ٩/١٥٦، شرائع الإسلام للحلي ٢/٢٣٥، شرح النيل لأطفيش ٦/٦١.

أهمها ضرر اختلاط الأنساب، فبقاء أثر الشيء يجعل كبقاء أصله فيما يرجع إلى دفع الضرر.

٤- إذا لم يؤنس من الصبي الرشد عند بلوغه فلا يدفع المال إليه ولا يمكَّنُ من مباشرة التصرفات مستقلاً عن وليه؛ وذلك لدفع الضرر عنه وهو تضييع المال لبقاء أثر الصِّبَا[١]، وبقاء أثر الشيء كبقاء عينه في دفع الضرر.

٥- إذا تزوج الرجل أخت مطلقته في عدتها، فإن هذا الزواج لا يصح؛ لبقاء أثر الفراش وهي العدة[٢] وبقاء أثر الشيء كبقاء أصله فيما يرجع إلى دفع الضرر.

٦- إذا شجّ شخصٌ رأسَ آخر وبقي للشجة أثر بعد البرء وجب موجَبها، وهو الأرش؛ لأن الأرش يجب باعتبار الشَّيْن في النفس وهو حاصل ببقاء الأثر[٣] لأن بقاء أثر الشيء كبقاء أصله فيما يرجع إلى دفع الضرر.

د. مبروك عبد العظيم أحمد

* * *

(١) انظر: كشف الأسرار لعلاء الدين البخاري ٤/٣٧٠، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر لشيخي زاده ٢/٤٣٩.

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين ٤/٢١، شرح النيل لأطفيش ٦/٣٢.

(٣) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٦/١١٨، العناية للبابرتي ١٠/٢٥١.

رقم القاعدة: ٢٩٨

نص القاعدة: لا اعْتِبارَ لِلضَّرَرِ مَعَ الرِّضَى[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- من رضي بالضَّرر لا ينظر له[٢].
٢- من رضي بالضرر أولى أن يقطع عنه النظر[٣].
٣- الضرر المرضي غير ضائر[٤].
٤- الضرر المرضي به من جهة المتضرر لا يجب دفعه[٥].
٥- الضرر المرضي به من جهة المضرور لا عبرة به[٦].
٦- من رضي بالتزام الضرر سقط اعتبار ذلك الضرر[٧].
٧- لا يمكن أن يضار أحد إلا إذا رضي بالضرر على نفسه[٨].

---

(١) الاختيار لتعليل المختار ١٠٥/٢.
(٢) بدائع الصنائع ٨٠/٤.
(٣) فيض الباري شرح صحيح البخاري، كتاب "التفسير"، باب قوله عز وجل: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ﴾ وبنحوه في٩/٥. وفي لفظ: "من لم ينظر لنفسه لا ينظر له " المبسوط ١٥٧/١٣، بدائع الصنائع ٢٠٩/٦.
(٤) العناية ٤٢٨/٤.
(٥) بدائع الصنائع ٤٦١/٥.
(٦) المغني ٣٦٩/١٠. وفي لفظ: "لا يجوز نقض التصرف المشتمل على ضرر إذا التزمه المضرور ورضي به " طريقة الخلاف للإسمندي ص ٤١٠.
(٧) انظر: المبسوط ٢٥/١٥.
(٨) الشرح الممتع ٣٦٩/١٥.

قواعد ذات علاقة :

١- الضرر يزال[١]. (أصل استثنيت منه القاعدة).

٢- إسقاط الحق بعد وجود سبب الوجوب جائز[٢]. (متكاملة، تعليل).

٣- كل ما فيه إضرار من العبد بنفسه فهو منهي عنه[٣]. (متكاملة).

٤- المنع لحق الغير يرتفع بالرضا[٤]. (أخص).

٥- جناية الإنسان على نفسه وماله هدر[٥]. (أخص).

شرح القاعدة :

الضرر في هذه القاعدة يشمل جميع أنواع الضرر، سواء أكان ضررًا ماديًا يلحق بملك من أملاكه أو كان ضررًا معنويًا يلحق بحق من حقوقه.

لا ينظر له: أي لا تدفع عنه المضرة، ولا تراعى مصلحته.

معنى القاعدة: أن من رضي بالضرر على علم وبصيرة منه بكونه ضررًا عليه فإنه لا يراعى حقه في دفع المضرة عنه، ولا ينظر إلى مصلحته، وعليه فإن الضرر المرضي به من جهة المتضرر لا أثر له في الأحكام الشرعية، ويعتبر كأن لم يكن أصلاً. سواء أدخل الضرر على نفسه مباشرة، بأن يوجد منه الرضا به صراحة أو دلالة أو فعل فعلاً يضره، أو تسبب – متعمدًا - في إدخال الضرر على نفسه، ولذلك قالوا: «جناية المرء على نفسه لا تعتبر بحال»، ومن ذلك أيضًا قولهم: «لو رغب العبد في الأعمال الشاقة من تلقاء نفسه، فهل يجب على

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٣. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٢) انظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٣) قواعد الأحكام ١/١٣٣. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٤) أسنى المطالب ٢/١٠٣، نهاية المحتاج ٤/١٤٤. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٥) انظر: الفروق القرافي ٤/٣٣١، المغني ابن قدامة ٩/١٥٨. وفي لفظ: "جناية المرء على نفسه لا تعتبر بحال" المبسوط ٢١/١٨٧. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

السيد منعه منها؟ فيه نظر. والأقرب عدم الوجوب لأنه الذي أدخل الضرر على نفسه»[١].

ومع أن لفظ القاعدة يشعر بأن قطع النظر عمن رضي بالضرر من باب العقوبة والمجازاة، غير أن استعمالات الفقهاء لها يدل على أنها تجري أيضًا في جميع المواضع التي يتوقف الحكم فيها على رضا المضرور، وهذا المعنى هو ما تضمنته أيضًا قاعدة «المنع لحق الغير يرتفع بالرضا».

ومن المعلوم أن الأصل الثابت في الشريعة الإسلامية أن الضرر يجب دفعه قبل وقوعه، وإذا وقع وجب رفعه وإزالته – أو إزالة آثاره بنقض التصرف الضار، أو بوجوب الضمان ونحوه - بحسب الإمكان، ولكن إذا رضي المكلف بوقوع الضرر عليه، لسبب من الأسباب، فإن الضرر في هذه الحالة يسقط اعتباره، ولا يؤثر في صحة التصرف أو جوازه شرعًا؛ لأن اعتبار الضرر إنما كان مراعاة لحقه، فإذا رضي بالضرر فقد تساهل في حقه وأسقطه، و«من أسقط حقه لا يعترض عليه»[٢].

وإعمال هذه القاعدة مقيد بأن لا يكون هناك سبب مانع من الرضا بالضرر، فإذا كان هناك مانع من اعتبار الرضا بقي حكم الضرر على أصله كما كان، وموانع الرضا بالضرر يمكن إجمالها فيما يلي:

- أن لا يكون الراضي بالضرر أهلاً لإسقاط حقه والرضا بالضرر «أي لا يكون أهلاً للتبرع»، فلا اعتبار برضا غير المكلف، مثل الصبي، والمجنون.

- أن لا يكون النهي لحق الله تعالى - أي يكون النهي عن التصرف المشتمل على الضرر لحق من حقوق الآدميين المحضة - لأن حق الله لا يسقط بتراضي العباد، فمثلاً: أن من حِكَم تحريم الربا دفع الضرر عن أحد

---

(١) حواشي الشرواني ٣٦٨/٨، حاشية الجمل ٥٢٦/٤، إعانة الطالبين ١٠٥/٤.

(٢) تبيين الحقائق ١٣٠/٢.

المتعاقدين، ومع ذلك إن رضي هو نفسه بتحمل الضرر لا يحل له الربا؛ لأن المنع لحق الله تعالى.

- أن لا يترتب على الرضا بالضرر إضرار بالآخرين، كما في الأعيان والحقوق المشتركة، فإن الحكم في هذه الحالة يتوقف على رضا جميع الشركاء.

وأصل القاعدة محلٍ اتفاق بين الفقهاء، ولكن قد يختلفون في تخريج بعض المسائل عليها، بناءً على اختلافهم في اعتبار رضا المكلف على الضرر فيها[(١)].

أدلة القاعدة :

١- جميع أدلة ثبوت خيار العيب وخيار التدليس وخيار تفريق الصفقة أدلة لهذه القاعدة، منها: حديث أبي هريرة – رضي الله عنه - مرفوعًا «لا تصروا الإبل والغنم فمن ابتاعها فهو بخير النظرين بعد أن يحتلبها إن شاء أمسكها وإن شاء ردها وصاعا من تمر»[(٢)].

معنى هذا الحديث أن المشتري إذا رضي بالمبيع مع كونه مشتملاً على التدليس – وهو ضرر في حقه - صح البيع، وإن لم يرض فسخ البيع نظرًا له، فدل على أن من رضي بالضرر لا ينظر له.

٢- ويدل لها من المعقول أن الضرر إنما يجب دفعه نظرًا للمضرور ومراعاةً لحقه، فإذا رضي هو نفسه بالضرر، وأسقط حقه - الذي يقبل الإسقاط - سقط، ولزمه الحكم، ولا يلتفت إلى حصول الضرر مع رضا المتضرر به.

---

(١) انظر: أمثلة ذلك في جامع العلوم والحكم ص ١٦٢.

(٢) رواه البخاري ٧٠/٣ (٢١٤٨) وفي مواضع أخر، ومسلم ١١٥٥/٣ (١٤١٢)/(١١)، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

تطبيقات القاعدة:

١- المبيع إذا حدث به عيب عند المشتري بآفة سماوية أو غيرها ثم اطلع على عيب كان عند البائع، فله أن يرجع بنقصان العيب وليس له أن يرد المبيع؛ لأن الرد إضرار بالبائع؛ لأنه خرج عن ملكه سالمًا فلو ألزمناه به معيبًا تضرر ولا بد من دفع الضرر عن المشتري فتعين الرجوع بالنقصان، إلا أن يرضى البائع أن يأخذه بعيبه الحادث عند المشتري فله ذلك؛ لأنه رضي بالضرر وما كان عدم إلزامه المبيع إلا لدفع الضرر عنه فإذا رضي فقد أسقط حقه[١] أو بعبارة أخرى: إن الرد ثبت نظرًا للمشتري دفعًا للضرر عنه، فإذا رضي بالعيب فلم ينظر لنفسه ورضي بالضرر، لم ينظر له، ويمتنع الرد[٢].

٢- إن تضمن فسخ العقد تفريق الصفقة على البائع قبل التمام فإنه لا يجوز إلا أن يرضى به البائع؛ لأن تفريق الصفقة على البائع قبل التمام إضرار به، والضرر واجب الدفع ما أمكن إلا أن يرضى به البائع؛ لأن الضرر المرضي به من جهة المتضرر لا يجب دفعه[٣].

٣- لو اقتسما دارًا على وجه لا يكون لأحدهما طريق أو لا يكون له مسيل ماء في نصيبه أو غير ذلك مما تدعو إليه الضرورة من المرافق فلا يجبر الممتنع عن القسمة ويجب أن تعاد بما لا يكون فيه ضرر على واحد منهما، إلا أن يقع التراضي بينهما فتنبرم القسمة، ولا رجوع فيها لأجل الضرر؛ لأنه أسقط حقه برضاه ورضي بالضرر، ولا اعتبار للضرر مع الرضى[٤].

---

(١) انظر: الهداية ٣/٣٧، العناية ٩/٤٠، فتح القدير ٦/٣٦٥

(٢) بدائع الصنائع ٥/٢٨٧.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٥/٤٦١.

(٤) انظر: المبسوط ١٥/٢٥، بدائع الصنائع ٧/٢١، الاختيار لتعليل المختار ٢/٨٠، التاج المذهب ٣/٢١١. وراجع أيضًا: منح الجليل ٧/٢٩٧، الشرح الممتع ١٥/٣٦٩.

٤- لو أن رجلاً اشترى من غيره دابة، ولكن قبل قبضها قام البائع بالجناية عليها، فقبضها المشتري - مع علمه بجناية البائع عليها - ثم هلكت في يد المشتري، فلا ضمان على البائع؛ لأن المشتري بإقدامه على قبض الدابة المعيبة صار راضيًا بالضرر عليه دلالة[١]، فلم ينظر إليه في جبران ضرره بوجوب الضمان على البائع.

٥- السكران بشرب الخمر أو غيرها متعمدًا يقع طلاقه؛ أدخل على نفسه السكر «الضرر». وهو محرم عليه فعوقب بإمضاء الطلاق عليه[٢].

٦- من كان في منزله حيوان عقور، فدخل رجل منزله بإذنه فأتلف الحيوان عليه شيئًا ضمنه صاحب المنزل، لكن إن نبهه صاحب المنزل على أنه عقور أو غير موثوق، فلا يضمن رب المنزل، لأن الرجل قد أدخل الضرر على نفسه على بصيرة[٣].

٧- لو حصل من الشفيع ما يدل على تنازله عن حق الشفعة سقط حقه في طلبها بعد ذلك؛ لأن حق الشفعة إنما يثبت له دفعًا لضرر المشتري فإذا رضي بالشراء أو بحكمه فقد رضي بضرر جواره فلا يستحق الدفع بالشفعة[٤].

٨- لو أن امرأة العنين رضيت بعنة زوجها، واختارت المقام معه، لا يفرق بينهما؛ لأن الفسخ إنما كان لدفع الضرر عنها، لكن إذا رضيت هي بالمقام معه فقد رضيت بالضرر، ومن رضي بالضرر لا ينظر له[٥].

---

(١) انظر: هذا المعنى في المبسوط ١٣/١٧٦، شرح الأزهار ٣/١٢٢.

(٢) انظر: فتح الباري ٦/٢١٠.

(٣) انظر: كشاف القناع ٤/١١٩، ١٢٠.

(٤) انظر: الموسوعة الفقهية ٢٦/١٦٧. وراجع أيضًا: كشف الأسرار ٣/٢٢٧، المبسوط للطوسي ٣/١٠٨ - ١٠٩، شرح الأزهار ٣/٢١٦، شرح النيل ١١/٣٩٩ - ٤٠٠، المحلى ٩/٨٣.

(٥) انظر: هذا المعنى في المبسوط ٥/١٠٤، روضة الطالبين ٧/١٩٩، المغني ٧/١٥٤، جواهر الكلام ٣٠/٣٥٩، فقه الصادق ٢٤/٩١.

٩- لو كان المضمون له عالمًا بإعسار الضامن حال الضمان ورضي مع ذلك بضمانه، فليس له الخيار، ولزمه الضمان؛ لأن شرط الإيسار حال الضمان لرعاية حال المضمون له كي لا يقع في الضرر ولا يتلف ماله، فإذا رضي هو بضمانه حتى مع الإعسار حال الضمان فلا مانع من صحته، لأنه هو بنفسه أقدم على الإتلاف المحتمل أو المظنون، كما أنه لو كان عالمًا حين الضمان بأنه مماطل كان الأمر أيضًا كذلك، لأن رضاه بضمانه مع علمه بأنه مماطل أيضًا إقدام منه على الإتلاف المحتمل أو المظنون لماله، فليس له الخيار ويلزمه الضمان في الصورتين[١]، بناءً على موجب هذه القاعدة.

١٠- إذا ولدت المرأة فسكت زوجها عن نفي ولدها مع إمكانه لزمه نسبه، ولم يكن له نفيه بعد ذلك، وإن كان في ذلك ضرر محقق به[٢]؛ وليس للقاضي أن ينفي نسبه عنه، وإن غلب على ظنه أن الولد ليس منه؛ لأن «من رضي بالضرر أولى أن يقطع عنه النظر».

د. محمد خالد عبد الهادي هدايت

* * *

(١) القواعد الفقهية للبجنوردي ٦/١٠٥.

(٢) انظر: الموسوعة الفقهية ٣٥/٢٦٢.



رقم القاعدة: ٢٩٩

نص القاعدة: الضَّرَرُ عُذْرٌ في فَسْخِ العَقْدِ اللازِمِ[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- ثبوت حق الفسخ لمعنى دفع الضرر[٢].

٢- حق الفسخ يجب دفعًا للضرر عن العاقد[٣].

٣- كل عذر لا يمنع المضي في موجَب العقد شرعًا ولكن يلحقه نوع ضرر، يحتاج فيه إلى الفسخ[٤].

قواعد ذات علاقة:

١- الضرر يزال[٥]. (أعم، دليل).

٢- الإجارة تفسخ بالأعذار[٦]. (أخص).

٣- العقد إذا تعذر إمضاؤه ينفسخ[٧]. (متكاملة).

---

(١) المبسوط للسرخسي ٢٥/٢٣.

(٢) المبسوط ٣٥/٨. وفي لفظ: " ثبوت حق الرد لدفع الضرر عن نفسه " ١٠٦/١٣.

(٣) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ١٧٠/٥.

(٤) الفتاوى الهندية ٤٥٨/٤. وانظر أيضًا: الموسوعة الفقهية ٢٧٣/١.

(٥) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٣، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٦) بدائع الصنائع للكاساني ١٩٧/٤. وفي لفظ: "كل عذر لا يمكن معه استيفاء المعقود عليه إلا بضرر يلحقه في نفسه أو ماله يثبت له حق الفسخ " حاشية ابن عابدين ٣٦٧/٦.

(٧) الرتبة في طلب الحسبة للماوردي ص ٢٥٥، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

٤- التفاسخ في العقود الجائزة متى تضمن ضررًا على أحد المتعاقدين أو غيرهما ممن له تعلق بالعقد لم يجز ولم ينفذ[١]. (متكاملة).

شرح القاعدة :

العقد اللازم: هو العقد الذي لا يكون لأحد المتعاقدين الرجوع عنه بالإرادة المنفردة، بل لا يقبل الرجوع عنه إلا بالتراضي منهما أو بالتقاضي، كالبيع والصرف والسلم والتولية والتشريك، وصلح المعاوضة، والحوالة، والإجارة والمساقاة، والهبة للأجنبي بعد القبض، والصداق، وعوض الخلع، ونحو ذلك[٢].

والمراد بالضرر في هذه القاعدة هو الضرر الذي لم يكن العاقد قد التزمه بموجب العقد.

ومعنى القاعدة: أن أحد العاقدين - أو كليهما - إذا كان يلحقه، نتيجةَ المضي في العقد، ضرر لم يلتزمه بالعقد، فإن هذا الضرر عذر يثبت له حق فسخ العقد، دفعًا للضرر عنه، وما لم يوجد الضرر فلا فسخ؛ لأن: «الفسخ إنما شرع لدفع الضرر»[٣].

هذه قاعدة مهمة لها أثر كبير في حياة الناس ومعاملاتهم اليومية، وهي من القواعد الدالة على سماحة الشريعة الإسلامية ومرونتها وواقعيتها، ومراعاتها لمصالح الناس، فلم تجعل العقد اللازم لازمًا للمتعاقدين في كل الظروف والأحوال بحيث لا فكاك منه أبدًا مهما ترتبت عليه من نتائج، ولم تجعل العقود

---

(١) قواعد الفقه لابن رجب ص ١٠٠، وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "العقود الجائزة إذا اقتضى فسخها ضررًا على الآخر امتنع وصارت لازمة".

(٢) انظر: الموسوعة الفقهية ٢٢٩/٣٠.

(٣) حاشية البجيرمي ٤٢/٤، وقال ابن قدامة "إنما الفسخ لدفع الضرر" الكافي في فقه ابن حنبل ٣٦٩/٣.

الجائزة جائزة أبدًا يفسخها العاقد حينما يشاء، بل راعت ظروف المتعاقدين، وأثبتت خيار الفسخ للطرف المتضرر منهما عند وجود أعذار لا يتأتى تنفيذ العقد معه إلا بتحمل ضرر لم يحتمله العاقد بموجب العقد، وحكمت بفسخ العقد تلقائيًا عند تعذر إمضائه، كما قررت أن «التفاسخ في العقود الجائزة متى تضمن ضررًا على أحد المتعاقدين أو غيرهما ممن له تعلق بالعقد لم يجز ولم ينفذ إلا أن يمكن استدراك الضرر بضمان أو نحوه فيجوز على ذلك الوجه»[١].

ومما لا شك فيه أن العقد الذي يعقد وفقًا لنظامه الشرعي يكون ملزمًا لعاقديه قضاءً، عملاً بقوله جل ثناؤه في كتابه العزيز: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]، هذا هو الوضع الطبيعي في العقود اللازمة؛ «لأن العقود أسباب لتحصيل المقاصد من الأعيان، والأصل ترتب المسببات على أسبابها»[٢]، لكن هذه العقود قد يطرأ عليها من الأحوال والظروف والأعذار ما يجعل في بقاء العقد ضررًا بأحد العاقدين - أو كليهما؛ فعندئذ أثبت الشارع الحكيم خيار الفسخ دفعًا للضرر عنه.

وهذه القاعدة وإن لم تشتهر بلفظها، إلا أن معناها ومضمونها متفق عليه - في مجمله - بين الفقهاء، لكن وقع الخلاف بينهم في بعض المسائل، وعلى رأس هذه المسائل اختلافهم في عقد الإجارة والمزارعة والمساقاة، هل يثبت حق الفسخ فيها بالأعذار الخاصة أو لا؟

فذهب الحنفية، والزيدية إلى أن الإجارة - وكذلك المزارعة والمساقاة - تفسخ بالأعذار الظاهرة[٣]. مثل أن يستأجر جملاً لحج ثم يبدو له العدول عن

---

(١) قواعد الفقه لابن رجب ص ١٠٠.

(٢) الفروق للقرافي ٣/٢٦٩.

(٣) والضابط في ذلك عندهم: أن كل عذر لا يمكن معه استيفاء المعقود عليه إلا بضرر يلحق العاقد في نفسه أو ماله يُثبت له حق الفسخ. =

الحج - إما لعذر، أو غير عذر- فيصير ذلك عذرًا في فسخ الإجارة. أو يستأجر دارًا ليسكنها ثم يريد النقلة عن البلد، أو يستأجر حرزًا لمتاعه ثم يريد بيعه، أو يستأجر من يطحن له برًا ثم يريد بذره، وما أشبه ذلك من الأعذار[١]، ووجه قولهم هذا بأن: «الحاجة تدعو إلى الفسخ عند العذر؛ لأنه لو لزم العقد عند تحقق العذر للزم صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد... فكان الفسخ في الحقيقة امتناعًا من التزام الضرر، وله ولاية ذلك»[٢]. ويقرب منهم المالكية في أصل جواز فسخ الإجارة بالعذر، مثل العذر بغصب العين المستأجرة أو منفعتها أو أمر ظالم لا تناله الأحكام بإغلاق الحوانيت المكتراة، أو حمل مرضع، لتعذر الرضاع عادة إذا حصل؛ لأن لبن الحامل يضر الرضيع. أو حدوث مرض لها لا تقدر معه على رضاع فتنفسخ الإجارة في نحو هذه المسائل، والمراد أن لهم الفسخ، لا الفسخ بالفعل، فالفسخ في هذه المسائل للمستأجر فله البقاء على الإجارة[٣].

وذهب الشافعية إلى عدم جواز فسخ هذه العقود إلا بالأعذار التي توجب خللاً في المعقود عليه، أو حيث يصير العمل محظورًا، نحو أن يستأجر لقلع السن، أو اليد المتآكلة ثم تبرأ؛ لأن «الإجارة أحد نوعي البيع فيكون لازمًا كالنوع الآخر، وهو بيع الأعيان، والجامع بينهما أن العقد انعقد باتفاقهما فلا

= وعرفوا العذر بأنه عجز العاقد عن المضي في موجب العقد إلا بتحمل ضرر زائد لم يُستحق بالعقد. وإذا تحقق العذر فهل ينفسخ بنفسه أو يحتاج إلى الفسخ؟ اختلفوا في ذلك على قولين.

انظر: الهداية للمرغيناني ٣/٢٥٠، العناية للبابرتي ١٢/٤٧١، نظرية المنفعة في الفقه الإسلامي للدكتور تيسير محمد بورمو ص ١٣٥ - دار النوادر - الطبعة الأولى ١٤٢٩.

(١) الحاوي الكبير للماوردي ٧/٣٩٣.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ٤/١٩٧. وانظر: التاج المذهب للعنسي ٣/١١٩ شرح الأزهار لابن مفتاح ٣/٢٩٥.

(٣) انظر: الشرح الصغير للدردير ٤/٥١، شرح الخرشي على خليل ٧/٣١. وراجع أيضًا: الموسوعة الفقهية ١/٢٧٢، ٣٧/١٤٣.

ينفسخ إلا باتفاقهما»[١]. وكذلك قال الحنابلة: لا تنفسخ الإجارة بالعذر إلا إذا أوجب خللاً أو عيبًا في المعقود عليه تنقص به المنفعة[٢].

وإنما وصف العقد في هذه القاعدة بكونه لازمًا لأنه هو الذي يفتقر فسخه إلى العذر، بخلاف العقود الجائزة «غير اللازمة». التي يملك كل واحد من طرفي العقد فسخها متى شاء، إلا إذا ترتب ضرر على فسخها[٣].

وحيث اعتبر الضرر عذرًا في فسخ العقد اللازم فإنما ذلك في الضرر المعتبر عند أهل الخبرة عرفًا، فأما الضرر اليسير فلا يؤثر في العقد، ولا يثبت حق الفسخ؛ «إذ الضرر اليسير قد اغتفر في النفس ففي المال أحرى»[٤].

وتجدر الإشارة إلى أمر مهم، وبخاصة في العصر الحاضر، وهو ما إذا كان الضرر ناشئًا من تغير ظروف فجائية أثَّر في الحالة العادية والطبيعية للمعقود عليه – وهو ما يسمى بنظرية الظروف الطارئة – فمثلاً:

١ - لو أن عقد مقاولة على إنشاء بناية كبيرة يحتاج إنشاؤها إلى مدة طويلة تم بين طرفين بسعر محدد، فوقعت حرب غير متوقعة أو حادث آخر خلال التنفيذ قطعت الاتصالات والاستيراد وارتفعت بها الأسعار ارتفاعًا كبيرًا يجعل تنفيذ الالتزام مرهقًا جدًا.

٢- لو أن متعهدًا في عقد توريد أرزاق عينية يوميًا من لحم وجبن ولبن

---

(١) بدائع الصنائع ١٩٧/٤. وانظر: سائر أدلة الفريقين في الحاوي الكبير للماوردي ٣٩٣/٧، ٣٩٤. وراجع أيضًا: المهذب للشيرازي ٤٠٥/١، نهاية المحتاج للرملي ٣١٥/٥، ٣١٦، الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي ٧٥٥/٤.

(٢) انظر: المغني لابن قدامة ٣١٤/٤.

(٣) انظر: مفوتات فسخ العقد للدكتور محمد المختار المامي ٧١٠/٢ – الرياض- الطبعة الأولى ١٤٢٣هـ.

(٤) شرح منتهى الإرادات للبهوتي ١٥٢/١. وانظر أيضًا: المغني ١٥٢/١.

وبيض وخضراوات وفواكه ونحوها إلى مستشفى أو إلى جامعة، أو إلى دار ضيافة حكومية، بأسعار اتفق عليها في كل صنف لمدى عام. فحدثت جائحة في البلاد أو طوفان أو زلزال، أو جاء جراد جرد المحاصيل الزراعية، فارتفعت الأسعار إلى أضعاف كثيرة عما كانت عليه عند عقد التوريد، إلى غير ذلك من الأمثلة المتصورة في هذا المجال.

«فما الحكم الشرعي الذي يوجبه فقه الشريعة في مثل هذه الأحوال التي أصبحت كثيرة الوقوع في العصر الحاضر الذي تميز بالعقود الضخمة بقيمة الملايين، كالتعهد مع الحكومات في شق الطرق الكبيرة وفتح الأنفاق في الجبال، وإنشاء الجسور العظيمة، والمجمعات لدوائر الحكومة أو للسكنى، والمستشفيات العظيمة أو الجامعات. وكذا المقاولات التي تعقد مع مؤسسات أو شركات كبرى لبناء مصانع ضخمة، ونحو ذلك مما لم يكن له وجود في الماضي البعيد.

فهل يبقى المتعاقد الملتزم على حدود عقده وأسعاره قبل تبدل الظروف وطروء التغييرات الكبيرة المشار إليها مهما تكبد في ذلك من خسائر ماحقة ساحقة، تمسكًا بمقتضى العقد وحدوده في الأسعار والكميات، أو له مخرج وعلاج من فقه الشريعة الحكيمة السمحة العادلة يعيد كفتي الميزان إلى التعادل، ويحقق الإنصاف بقدر الإمكان بين الطرفين؟»[(١)].

هذه المسألة بحثها مجمع الفقه الإسلامي الدولي بجدة، ثم أصدر بخصوصها القرار التالي: «في العقود المتراخية التنفيذ «كعقود التوريد والتعهدات والمقاولات». إذا تبدلت الظروف التي تم فيها التعاقد تبدلا غير الأوضاع والتكاليف والأسعار تغييرًا كبيرًا بأسباب طارئة عامة لم تكن متوقعة

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد التاسع، الجزء الثاني ص ٣٦٥، ٣٦٦.

حين التعاقد، فأصبح بها تنفيذ الالتزام العقدي يلحق بالملتزم خسائر جسيمة غير معتادة من تقلبات الأسعار في طرق التجارة، ولم يكن ذلك نتيجة تقصير أو إهمال من الملتزم في تنفيذ التزاماته، فإنه يحق للقاضي في هذه الحال عند التنازع وبناء على الطلب تعديل الحقوق والالتزامات العقدية بصورة توزع القدر المتجاوز للمتعاقد من الخسارة على الطرفين المتعاقدين، كما يجوز له أن يفسخ العقد فيما لم يتم تنفيذه منه إذا رأى أن فسخه أصلح وأسهل في القضية المعروضة عليه وذلك مع تعويض عادل للملتزم له صاحب الحق في التنفيذ، يجبر له جانبًا معقولاً من الخسارة التي تلحقه من فسخ العقد بحيث يتحقق عدل بينهما دون إرهاق للملتزم، ويعتمد القاضي في هذه الموازنات جميعا رأي أهل الخبرة الثقات»[١].

أدلة القاعدة:

١- حديث عَائِشَةَ رضي الله عنها قالت: «اشتريت بريرة، فاشترط أهلها ولاءها، فذكرت ذلك للنبي ﷺ فقال: «أعتقيها، فإن الولاء لمن أعطى الورق فأعتقتها»، فدعاها النبي ﷺ، «فخيرها من زوجها، فقالت: لو أعطاني كذا وكذا ما ثبت عنده، فاختارت نفسها»[٢].

وجه الدلالة من الحديث هو أن النبي ﷺ خيَّر بريرة بعد عتقها في

---

(١) المصدر السابق ص٣٧٠.

ويذكر أن هناك عددًا من البحوث والدراسات المستفيضة للباحثين المعاصرين حول الظروف الطارئة، منها مثلاً: نظرية الظروف الطارئة لعبد السلام الترمانيني، دار الفكر، دمشق ١٣٩١هـ-١٩٧١م، و"نظرية الظروف الطارئة" للشيخ مصطفى الزرقا، ضمن بحثه المنشور في العدد المذكور من مجلة المجمع، ص ٣٥٧ فما بعدها. وقد عقد ابن رشد في كتاب الإجارة من بداية المجتهد ٢٢٨/٢ عنوانَ "الجملة الثانية في أحكام الطوارئ" ذكر فيه مذاهب الفقهاء في فسخ الإجارة بالأعذار.

(٢) رواه البخاري ١٤٧/٣ (٢٥٣٦)، ١٥٥/٨ (٦٧٥٨)، ومسلم ١١٤٣/٢ (١٥٠٤).

المُقام مع زوجها – وكان عبدًا – أو فراقه؛ لإزالة الضرر عنها ببقائها تحت العبد[١].

٢- قاعدة «الضرر يزال» وأدلتها؛ لأنها أعم من هذه القاعدة، ومعلوم أن دليل الأعم دليل للأخص منه.

٣- جميع أدلة خيار العيب، وخيار الغبن؛ لأن مبناهما على رفع الضرر عن أحد المتعاقدين.

٤- ولأن «الفسخ في الحقيقة امتناع من التزام الضرر، وإن إنكار الفسخ عند تحقق العذر خروج عن العقد والشرع؛ لأنه يقتضي أن من اشتكى ضرسه، فاستأجر رجلاً لقلعها، فسكن الوجع يجبر على القلع، وهذا قبيح عقلاً وشرعًا»[٢].

تطبيقات القاعدة:

١- لو اشترى شيئًا وآجره ثم اطلع على عيب قديم فيه يعتبر هذا عذرًا فيسوغ له فسخ الإجارة ليتمكن من رده على بائعه إزالة للضرر عن نفسه، والإجارة عقد لازم تفسخ بالأعذار[٣].

٢- لو اشترى ما يتسارع إليه الفساد وغاب قبل القبض ولم ينقد الثمن وأبطأ، فللبائع بيعه لغيره؛ لرضاه بالفسخ دلالة، ولدفع الضرر عن البائع[٤].

---

(١) انظر: شرح النووي على صحيح مسلم ١٠/١٤١.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ٤/١٩٧.

(٣) انظر: درر الحكام لعلي حيدر ١/٣٢، المدخل الفقهي العام للزرقا ٢/٢٩٧. وراجع أيضًا: بدائع الصنائع ٤/١٩٩.

(٤) شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٣٣٩.

٣- يجوز فسخ النكاح عند جمهور الفقهاء بوجود العيوب التي تمنع الاستمتاع أو كماله، كأن يكون الزوج عنينًا، أو كان بأحدهما مرض من الأمراض المعدية، كالجذام، والإيدز؛ لما في المقام على ذلك مع وجود العيب من الضرر[1].

٤- المشتري إذا أفلس قبل نقد الثمن، ثبت للبائع حق فسخ البيع واسترداد السلعة؛ لأن الثمن أحد عوضي العقد فالعجز عن تسليمه يوجب حق الفسخ للبائع؛ دفعًا للضرر عن نفسه[2].

٥- إذا آجر ملكه بإكراه ملجئ - أو غير ملجئ -من آخر، أو استأجر ملك آخر كذلك بعد زوال ذلك الإكراه، كان له حق فسخ الإجارة؛ لإزالة الضرر عن نفسه[3]. وكذلك من استأجر بيتًا فانهدم، أو انهدم منه ما لا يستطيع أن يسكن فيه، ثبت له حق الفسخ بالإجماع[4]، لدفع الضرر عنه.

٦- إذا أراد أهل الصبي أن يخرجوا الظئر قبل الأجل فليس لهم ذلك إلا من عذر؛ كأن لا يأخذ الصبي من لبنها، وكذلك إذا حبلت؛ لأن لبنها يفسد بذلك ويضر بالصبي فإذا خافوا على الصبي من ذلك كان

---

(١) انظر: روضة الطالبين للنووي ٧/١٧٦، المغني لابن قدامة ٧/١٥٦، مجموع الفتاوى لابن تيمية ٣٢/١٧٢، فتح الباري لابن حجر العسقلاني ١٠/١٦٢، القواعد والفوائد للعاملي ١/١٤٢.

(٢) هذا مذهب الجمهور، خلافًا للحنفية الذين لا يرون الإفلاس عذرًا في فسخ العقد. انظر: المبسوط للسرخسي ١٣/١٩٧، الشرح الصغير للدردير ٣/٣٥٢، المهذب للشيرازي ١/٢٩٥، المغني لابن قدامة ٨/١٦٦، مجموع الفتاوى لابن تيمية ٢٩/١٨٠، المحلى لابن حزم ٨/١٧٥، البحر الزخار لابن المرتضى ٦/٨٠، القواعد الفقهية للبجنوردي ٥/٩٧، الموسوعة الفقهية ٣٢/١٣٦.

(٣) انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١/٤٥٢.

(٤) انظر: المبسوط للسرخسي ٣/١٦.

لهم عذر، وكذلك إن كانت سارقة؛ فإنهم يخافون على متاعهم إن كانت في بيتهم وعلى متاع الصبي وحليته إذا كان معها، وكذلك إن كانت فاجرة بينة الفجور فيخافون على أنفسهم فهذا عذر؛ لأنها تشتغل بالفجور وبسببه ينقص من قيامها بمصالح الصبي .وربما تحمل من الفجور فيفسد ذلك لبنها، فالحاجة إلى دفع هذه الأضرار كانت عذرًا في فسخ العقد اللازم[١].

٧- لو عجز شفيع عن ثمن شقص مشفوع، فضُرِب له أجل ليدفع خلاله الثمن، فإن مضى عليه الأمد ولم يأت بالثمن، فللمشتري الذي لم يرض بتأخير الثمن، حيث عجز الشفيع عنه أو هرب، وقد أخذ الشقص بالشفعة، الفسخ؛ لأنه تعذر عليه الوصول إلى الثمن فملك الفسخ[٢]؛ بناءً على مقتضى هذه القاعدة.

٨- إذا هرب الأجير أو شردت الدابة أو أخذ المؤجر العين وهرب بها أو منعه استيفاء المنفعة منها من غير هرب لم تنفسخ الإجارة؛ ويثبت له خيار الفسخ[٣]؛ دفعًا للضرر عنه.

٩- إذا باع أرضًا وفيها زرع يحصد مرة ويؤخذ دفعة كالبر والشعير والباقلا والكتان، فهو للبائع لا يدخل في البيع إلا بالشرط، ثم إن لم يكن المشتري عالمًا بالزرع فله الخيار في فسخ العقد؛ لأن في وجود الزرع ضررًا عليه لمنعه منفعة الأرض[٤].

---

(١) هذا كله عند الحنفية، لأن الإجارة تفسخ بالأعذار عندهم خلافًا للشافعية الذين يقولون: إن الإجارة لا تفسخ بالأعذار إلا بالعيب. انظر: المبسوط ١٥/١٢١، ١٢٢، بدائع الصنائع للكاساني ٤/٢٠٠.

(٢) انظر: الأسئلة والأجوبة الفقهية لأبي محمد عبد العزيز السلمان ٦/١٠٧.

(٣) الإنصاف للمرداوي ٤/٣٥٢.

(٤) انظر: الحاوي الكبير للماوردي ٥/١٨٢.

١٠- من اشترى شيئًا، ثم اطلع على عيب قديم فيه خير بين إمضاء العقد، وفسخه باتفاق الفقهاء؛ لدفع الضرر عن ماله[١].

د. محمد خالد عبد الهادي هدايت

* * *

(١) انظر: الموسوعة الفقهية ٢٠/١١٦، ص ١١٩، ١٢٠.



رقم القاعدة: ٣٠٠

نص القاعدة: كُلُّ ما فِيهِ إِضْرَارٌ مِنَ العَبْدِ بِنَفْسِه فَهُو مَنْهِيٌّ عَنْهُ[(١)].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- لا يجوز للمرء أن يتعمد الضرر بنفسه[(٢)].

٢- الإضرار بالنفس حرام[(٣)].

٣- لا يجوز لأحد أن يدخل المضرة على نفسه عمداً[(٤)].

٤- ليس للعبد أن يحمل نفسه على ما يخاف منه نزول الضرر بها[(٥)].

٥- ما فيه ضرر بنفسه خارج عن أصل الإباحة[(٦)].

٦- لا يجوز للمسلم أن يضر نفسه[(٧)].

---

(١) قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ١/١٣٣.

(٢) لباب الآثار لمهنا البوسعيدي ٤/٣٠٥.

(٣) المنهج القويم للهيتمي ٥/٥١٥.

(٤) انظر: مكنون الخزائن للبشري ٤/١٤٦.

(٥) بيان الشرع للكندي ٢٢/١٧٤.

(٦) انظر: زواهر الجواهر للتمرتاشي ١/٥٠ – ب.

(٧) فتاوى الإسلام الفتوى رقم ٣٤٢٧، دور القيم والأخلاق للقرضاوي ص ١٦٠. وفي لفظ: إضرار الإنسان بنفسه يمنع منه. انظر: الضرر في الفقه الإسلامي لأحمد الموافي ١/٩٥.

قواعد ذات علاقة :

١- لا ضرر ولا ضرار[١]. (أعم).

٢- الأصل في المضار التحريم[٢]. (أعم).

٣- كل ما ضر النفس والعقل فالتداوي به حرام[٣]. (أخص).

٤- حفظ النفوس واجب ما أمكن[٤]. (خصوص وعموم وجهي).

٥- إنما يجوز للإنسان دفع الضرر عن نفسه على وجه لا يضر بغيره[٥]. (مقيِّدة).

٦- الخوف على النفس يسقط حق الله تعالى[٦]. (متكاملة).

شرح القاعدة :

المراد بالعبد في هذه القاعدة: المكلف. والمقصود بالإضرار بنفسه: الإضرار المتعمَّد.

هذه القاعدة تعبر عن مدى حرص الشريعة الإسلامية على المحافظة على النفس وصيانتها لها عن كل ما يضر بها، فهي تبين أن المحافظة على النفس أمر شرعي يترتب على مخالفته عقوبات دنيوية وأخروية، ومن مقتضيات المحافظة عليها حمايتها من جميع المخاطر والأضرار، سواء أكان هذا بفعل فاعل، أم

---

(١) الموافقات للشاطبي ٢/٣٥٢. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٢) الفروق للقرافي ١/٣٨٠.

(٣) الروض النضير للسياغي ٢/٤٧٥.

(٤) الشرح الكبير للدردير ٢/١٨٤. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٥) العناية للبابرتي ١٣/٤٥٢. وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "ليس لأحد أن يدفع الضرر عن نفسه بالإضرار بغيره".

(٦) البيان والتحصيل لابن رشد الجد ١/٩٠. وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "الخوف عذر".

كان بفعل الإنسان نفسه، فالمسلم مأمور بدفع المضار عن نفسه، وكل شيء يؤدي إلى إضرار من الإنسان بنفسه فإنه منهي عنه شرعًا، فالعبد كما هو ممنوع من إلحاق الضرر بغيره هو ممنوع كذلك عن تعاطي كافة الأسباب التي تؤدي إلى إدخال الضرر على نفسه هو.

فمثلاً: أي طعام أو شراب اشتمل على ضرر يتسبب في إتلاف الأعضاء، أو تعطيل منافعها، أو يُحدث للإنسان ضررًا في عقله، أو ضررًا في حاسة من حواسه، فإنه خبيث يحكم بعدم جوازه شرعًا، وكذلك أمر الشرع بالتداوي من أجل المحافظة على سلامة الجسم والعقل بدرء المفاسد والأسقام عنها، مع ما تقرر شرعًا من أن «كل ما ضر النفس والعقل فالتداوي به حرام». ومن ذلك أيضًا نص الفقهاء على أن المكلف «إن خاف بترك الرخصة الضرر على نفسه وجب عليه الأخذ بها»[1]، بل صرحوا بأن «الخوف على النفس يسقط حق الله تعالى»، ولذلك جاز «ترك الواجب خشية الضرر»[2] على النفس.

والضرر هنا يعم جميع أنواع الضرر المعتبر شرعًا، أي الضرر المحض الذي لا يقابله أي نوع من المصلحة، سواء أكان يحصل نتيجة القيام بعمل معين فيمنع من القيام به، أو كان تنطوي عليه عين من الأعيان فيمنع من تناولها واستعمالها، وسواء أكان ضررًا ماديًا يلحق الجسم، أو كان ضررًا معنويًا يؤثر على العقل، أو يشوه ذات الإنسان وكيانه الشخصي، ولذلك جاء استحباب التحرز والتنزه عن مظان السوء، ومواطن التهم.

والنهي عن إلحاق المرء الضرر بنفسه قد يكون على سبيل الكراهة أو على سبيل التحريم[3] بناءً على تفاوت حجم الضرر، فإذا كان الضرر فيه خفيفًا كان

---

(١) شرح طلعة الشمس للسالمي ٢/٢٢٧.

(٢) شرح الأزهار لابن مفتاح ٤/١٠٠، ٥٢٣.

(٣) كما نص عليه الإمام العز بن عبد السلام – رحمه الله تعالى – عند ذكره لهذه القاعدة.

النهي للكراهة، وإذا كان كبيرًا حرم تعاطي أسبابه.

وهذه القاعدة التي انبثقت من أصل حرمة النفوس في جميع الشرائع السماوية، واتفق الفقهاء على اعتبارها من حيث الجملة، هي حلقة في سلسلة القواعد التي وضعها أهل العلم لصيانة النفس من أي اعتداء عليها وإضرار بها، ومنها القاعدة الأخرى «حفظ النفوس واجب ما أمكن» إلا أن القاعدة المذكورة خاصة بحفظ النفوس من الهلاك أو الإهلاك، كما أنها تعم جميع النفوس المعصومة، أما القاعدة التي بين أيدينا فإنها تعم جميع أنواع الضرر الذي يؤدي إلى هلاك النفس، أو إلى ضرر دونه، ثم هي خاصة بالنهي عن إلحاق العبد الضرر بنفسه هو.

وقد سبقت الإشارة إلى أن المراد بالضرر هنا هو الضرر المحض الذي يخلو عن أي مصلحة دنيوية أو أخروية، فأما إن كانت ثمة مصلحة دنيوية جاز تحمل الضرر الأدنى لدفع الضرر الأعلى، أو تحصيل أعلى المصلحتين بتفويت أدناهما، وكذلك إذا كانت هناك مصلحة أخروية جاز تحمل الضرر في سبيلها ولذلك قالوا إن: «التغرير بالأرواح في إعزاز الدين جائز»[1]، وجاز «لمن خشي التلف جوعًا أو عطشًا إيثار غيره»[2].

هذا من جانب، ومن جانب آخر فإن دفع الضرر عن النفس، أو النهي عن إلحاق المضرة بها مقيد بما إذا لم يكن في ذلك ضرر على شخص آخر مثله، وإلا لم يجز، فليس للمضطر إلى إحياء نفسه وسد رمقه أن يأخذ مال غيره جبرًا إذا كان حالهما من حيث الاضطرار سواء؛ لأن «الضرر لا يزال بالضرر»[3]. و«إنما يجوز للإنسان دفع الضرر عن نفسه على وجه لا يضر بغيره».

---

(١) قواعد الأحكام ١/١٣٧.

(٢) البحر الزخار لابن المرتضى ٦/٢٦٨. وانظر أيضًا: المنثور في القواعد للزركشي ١/٢١١.

(٣) أشباه السيوطي ص ٨٦.

أدلة القاعدة:

١- قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمْۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾[النساء: ٢٩].

فالآية الكريمة نص صريح في النهي عن قتل الإنسان لنفسه - وقتل النفس نهاية الإضرار بها: «وقد احتج عمرو بن العاص بهذه الآية حين امتنع من الاغتسال بالماء البارد حين أجنب في غزوة ذات السلاسل خوفًا على نفسه منه؛ فقرر النبي ﷺ احتجاجه وضحك عنده ولم يقل شيئًا»[(١)].

حديث «لا ضرر ولا ضرار»[(٢)].

هذا الحديث يشمل كل أنواع الضرر، سواء أكان ضرر الإنسان بنفسه أو بغيره؛ لأنها نكرة في سياق النفي، وهي تعم، فلا يجوز لأحد أن يضر نفسه أو غيره بغير حق[(٣)].

٢- عن أنس أن النبي ﷺ رأى شيخًا يهادى بين ابنيه فقال: «ما بال هذا» قالوا نذر أن يمشي قال: «إن الله عن تعذيب هذا نفسه لغنيٌّ» وأمره أن يركب[(٤)].

عن ابن عباس قال: «بينا النبي ﷺ يخطب إذا هو برجل قائم فسأل عنه فقالوا أبو إسرائيل نذر أن يقوم ولا يقعد ولا يستظل ولا يتكلم ويصوم فقال

---

(١) تفسير القرطبي ١٥٧/٥.
وحديث عمرو بن العاص رضي الله عنه في التيمم رواه أبو داود ٣١٤/١-٣١٥ (٣٣٨)(٣٣٩)، ورواه أحمد ٣٤٦/٢٩-٣٤٧ (١٧٨١٢).

(٢) رواه أحمد في مسنده ٥٥/٥ (٢٨٦٥) وابن ماجه في سننه ٧٨٤/٢ (٢٣٤١) والطبراني في الكبير ١١/ ٢٢٨ (١١٥٧٦) من حديث ابن عباس رضي الله عنه، ورواه الحاكم في المستدرك ٦٦/٢ (٢٣٤٥)، والدارقطني في سننه ٥١/٤ (٣٠٧٩) والبيهقي في سننه ١١٤/٦ (١١٣٨٤) من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه، وقال الحاكم: صحيح الإسناد ولم يخرجاه. ووافقه الذهبي. وقد روي من حديث غيرهما من الصحابة.

(٣) انظر: الموسوعة الفقهية ١٨٠/٢٨. وراجع أيضًا: القواعد الفقهية للبجنوردي ١٧٨/١ فما بعدها

(٤) رواه البخاري ١٩/٣-٢٠ (١٨٦٥)، ومسلم ١٢٦٣/٣-١٢٦٤(١٦٤٢).

النبي ﷺ «مره فليتكلم وليستظل وليقعد وليتم صومه»[١].

ففي هذين الحديثين دلالة واضحة على أن كل ما فيه ضرر محض على العبد فإنه منهي عنه؛ لأن مثل هذا إذا نهي عن الوفاء به في النذر - وهو عبادة - فمن باب أولى أن ينهى عنه في غيره[٢].

تطبيقات القاعدة:

١- يحرم الوضوء بالماء الملوث، ومن توضأ به فوضوؤه صحيح لأنه غير نجس ولكن فعله محرم لإضراره بنفسه[٣].

٢- يجوز المسح على الجبائر، فإن كان الماء يضر مَن بأحد أعضاء وضوئه جرح لم يجز له أن يدخل المضرة على نفسه عمدًا، بل ينتقل إلى المسح على الجبيرة[٤].

٣- يكره للمؤذن أن يرفع صوته بالأذان فوق طاقته؛ لأن في رفع الصوت فوق الطاقة خوف الضرر عليه[٥].

٤- يكره صلاة كل الليل دائمًا؛ لأن صلاة الليل كله لا بد فيها من الإضرار بنفسه والعبد منهي من إلحاق الضرر بنفسه[٦].

٥- المريض إذا كان الصيام يزيد في مرضه فإنه يكره له الصيام؛ لما يتضمنه من الإضرار بنفسه، وتركه للرخصة[٧].

---

(١) رواه البخاري في صحيحه ١٤٣/٨ (٦٧٠٤).

(٢) انظر: جامع العلوم والحكم لابن رجب ص ٣٠٩.

(٣) فتاوى الإسلام، الفتوى رقم ٣٤٢٧.

(٤) انظر: مكنون الخزائن للبشري ١٤٦/٤.

(٥) انظر: فتح الباري لابن رجب٤٣٨/٣، كشاف القناع للبهوتي ٢٤١/١، الموسوعة الفقهية ٥٦/٣٦.

(٦) انظر: شرح النووي على صحيح مسلم ٤١/٨، فتح الباري لابن حجر العسقلاني ١٠٢/١.

(٧) انظر: المغني لابن قدامة ٤٠٣/٤ - ٤٠٤. وراجع أيضًا: التاج المذهب للعنسي ٢٤٩/١.

٦- إذا كان الحمل والإنجاب تتضرر منه الزوجة تضررًا غير معتاد، ويلحقها بسببه كلفة ومشقة يصعب احتمالها فعليها أن تتجنبه[١]. بناءً على مقتضى هذه القاعدة.

٧- لا يجوز للإنسان أن يمتنع من الأكل والشرب بما يؤدي إلى الضرر بنفسه، ويجوز للإنسان أن يتناول ما زاد عن القوت الضروري ما لم يؤد إلى ضرر بالجسم، أو العقل، فيكون منهيًا عنه شرعًا[٢].

٨- لا يجوز أكل الخضراوات والفواكه وكذلك الحيوانات المعالجة ببعض أنواع من المواد الكيماوية الضارة بالعقل أو البدن. وكذلك كل ما فيه ضرر من الأعيان المحرمة، مثل الأعيان السامة[٣].

٩- الدخان قد ثبت ضرره علميًا، فشربه منهي عنه شرعًا[٤]، وكذلك «اتفق الفقهاء على حرمة تعاطي ما يؤثر في العقل من مواد مخدرة»[٥]. بناءً على موجب هذه القاعدة.

د. محمد خالد عبد الهادي هدايت

* * *

---

(١) انظر: هذا المعنى في فتاوى الشبكة الإسلامية، الفتوى رقم ٥٩٥٩٢.

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي ٢٦٥/٣٠، ٢٦٦، ٢٦٧، ٢٧٠، ٢٧٨.

(٣) انظر: الانتفاع بالأعيان المحرمة لجمانة محمد عبد الرزاق أبي زيد، دار النفائس، الأردن، الطبعة الأولى ١٤٢٥هـ، ص ٢٦.

(٤) انظر: فتح العلي المالك لمحمد عليش ١١٩/١، الموسوعة الفقهية ١٠١/١٠ فما بعدها.

(٥) قاعدة "لا ضرر ولا ضرار" لأسامة عبد العليم الشيخ، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٧م ص ٥٦٥.



رقم القاعدة: ٣٠١

نص القاعدة: رَفْعُ الظُّلْمِ وَاجِبٌ عَلَى كُلِّ مَنْ قَدَرَ عَلَيْهِ[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- الظلم يجب رفعه[٢].

٢- الظلم يجب إعدامه[٣].

٣- دفع الظلم واجب على كل من قدر على دفعه[٤].

٤- دفع الظلم واجب بحسب الإمكان[٥].

---

(١) البهجة في شرح التحفة ١/٤٣، وفي لفظ: "على كل من يقوى على دفع الظلم عن المظلوم أن يقوم به" كما في المبسوط ١٠/٢٣٠.

(٢) شرح الخاتمة للخادمي ص ٥٣، الشرح الممتع ٩/٢٧٥، ووردت بلفظ: "يجب رفع الظلم" في الاختيار لتعليل المختار ٣/٦٨، مغني المحتاج ٣/١٩٥، وبلفظ: "الظلم لا يدوم في دار الإسلام بل يرفع" في بدائع الصنائع ١/٥٠، وبلفظ: "الظلم واجب الرفع" في الملكية لأبي زهرة ص١٤٣.

(٣) تبيين الحقائق ٥/١١٤، البحر الرائق ٨/١٣، حاشية ابن عابدين ٢/٣٦٨، ٤/٣٧٠، تنقيح الفتاوى الحامدية ٦/٢٠٤.

(٤) مواهب الجليل٨/١١٥، العقد المنظم لابن سلمون٢/١٩٤، شرح الزركشي على الخرقي٣/١١٢، وفي لفظ: "دفع الظلم واجب بحسب الإمكان " كما في شرح السير الكبير ٥/١٧٥٢، ووردت بلفظ: "الظلم يدفع" في بدائع الصنائع ١/٥٠، وفي لفظ: "الظلم يجب دفعه على كل أحد " كما في شرح الزركشي للخرقي ٣/١١٢.

(٥) شرح السير الكبير ٢/٣٨، ووردت بلفظ: "رفع الظلم بحسب الإمكان فرض على الكفاية" في مجموع فتاوى ابن تيمية ٣٠/٣٥٧، ووردت بلفظ: "نصر المظلوم مأمور به بحسب الإمكان" في مجموع فتاوى ابن تيمية ١٩/٤٩.

٥- المنع من الظلم واجب[١].

٦- إزالة الظلم واجبة[٢].

٧- تجب إزالة الظلم على الفور[٣].

قواعد ذات علاقة :

١- الضرر يزال[٤]. (أعم).

٢- الظلم يحرم تقريره[٥]. (أعم).

٣- الفعل الذي هو عدوان واجب الفسخ شرعًا[٦]. (متفرعة).

٤- يجب تقليل الظلم عند العجز عن إزالته بالكلية[٧]. (بيان).

٥- الكفّ عن الظلم واجب[٨]. (مكملة).

٦- الحق لا يسقط بظلم الظالم[٩]. (مكملة).

٧- ليس لعرق ظالم حق[١٠]. (علاقة تلازم).

---

(١) المحلى ١١/١١٧، وفي لفظ " الظلم واجب أن يُمنع منه " كما في المحلى ٩/١٢.

(٢) درر الحكام لعلي حيدر ٤/٦٣٥، الشرح الممتع ٤١/٣٩٩، وفي لفظ: " الظلم تجب إزالته " كما في الشرح الممتع ٩/٢٧٦.

(٣) قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ٢/٣٥.

(٤) انظرها: بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٥) شرح الخاتمة ص ٥٣. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٦) المبسوط للسرخسي ١٧/٣٧.

(٧) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ٢٨/٥٩٩. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٨) المبسوط للسرخسي ١٥/١٢٤.

(٩) معارج الآمال لابن حميد السالمي ٤/٢١٣.

(١٠) هي لفظ حديث نبوي، وانظرها في: المبسوط للسرخسي ٢٣/٢٩٦، الاستذكار ٧/١٨٣، مغني المحتاج ٤/١٧٠، المغني لابن قدامة ٥/٣٦٤، المحلى ٨/١٤٤. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

شرح القاعدة :

الظلم عند أهل اللغة كما يقول الراغب الأصبهاني: «وضع الشيء في غير موضعه المختصّ به إما بنقصان أو بزيادة، وإما بعدول عن وقته أو مكانه، ومن هذا يقال: ظلمتُ السقاءَ إذا تناولته في غير وقته، ويسمى ذلك اللبنُ الظليمَ. وظلمتُ الأرضَ: حفرتها ولم تكن موضعًا للحفر، وتلك الأرض يقال لها المظلومة، والتراب الذي يخرج منها ظليم، والظلم يقال في مجاوزة الحق الذي يجري مجرى نقطة الدائرة، ويقال فيما يكثر وفيما يقلّ من التجاوز، ولهذا يستعمل في الذنب الكبير وفي الذنب الصغير، ولذلك قيل لآدم في تعديه ظالم وفي إبليس ظالم، وإن كان بين الظلمين بون بعيد»(١).

ولا يخرج معناه الشرعي عن معناه في اللغة، ولذلك فأكثر مَن يعرِّف الظلم من علماء الشريعة يذكر قريبًا من المعنى اللغوي السابق(٢).

والقاعدة إحدى القواعد المتعلقة ببيان موقف الشريعة الإسلامية من الظلم، والأحكام المترتبة عليه، والإجراءات الواجب اتخاذها ضده، وتعني أن الظلم – وهو الأمر الذي نهى الله تعالى عن إتيانه وحذّر من التلبس بشيء منه – إذا وقع بصورة أو بأخرى فإن الواجب إزالته والتخلص منه، وقد استعملت القاعدة بصيغها المتنوعة ألفاظَ «الرفع والإزالة والإعدام». للتعبير عن هذا المعنى، وهي متقاربة من حيث أصل وضعها اللغوي واستعمال الفقهاء لها، لكن بعض الصيغ استعملت كلمة «الدفع»، والفرق بين الدفع وبينها أن الدفع كما يقول الكفوي: «هو صرف الشيء قبل الورود، وأما الرفع – وكذا ألفاظ

(١) المفردات في غريب القرآن ص ٣١٥، وانظر: اللسان والمقاييس والقاموس مادة (ظ ل م).
(٢) انظر: الكليات للكفوي ص ٥٩٤، التعاريف للمناوي ص ٤٩٢، تفسير القرطبي ٣٠٩/١، شرح النووي على مسلم ١٤٣/٢، فتح الباري لابن حجر ٩٥/٥.

الإزالة والإعدام - فصرف الشيء بعد وروده»[١]. فيكون المرء مأمورًا بدفع الظلم قبل وقوعه حتى لا يقع، وبرفعه وإزالته إذا وقع، على أن الفقهاء قد يعبرون عن الدفع بالرفع والعكس بالعكس.

ومن أجل هذا المعنى الذي دلت عليه القاعدة قال النبي ﷺ عن حلف الفضول، وهو حلف عُقد في الجاهلية لنصرة المظلوم، وقد حضره ﷺ: «لقد شهدتُ في دار عبد الله بن جدعان حلفًا ما أُحب أن لي به حمر النعم، ولو أُدعى به في الإسلام لأجبت»[٢]، ولذلك فإن كل حلف دولي يقوم على إحقاق الحق ونصرة المظلوم ورفع الظلم عنه فإنه مما يؤيده الإسلام ويدعو إليه.

وقد بينت القاعدةُ المخاطَبَ برفع الظلم أو دفعه بأنه كل قادر على فعل ذلك، والظالم نفسه داخل فيها، إلا أن الأصل والأكثر أن يكون رافع الظلم غير الظالم، وهذا معلوم، والقدرة قيد تتقيد به الصيغ المطلقة للقاعدة، فمن كان غير قادر على دفع الظلم قبل وقوعه أو إزالته بعد الوقوع فإنه لا يتوجه الخطاب إليه، وهذا يتمشى مع الأصول العامة للشريعة التي تقضي بأن التكليف بحسب الوسع وأن لا واجب مع العجز، وهناك حالة ثالثة بينهما، وهي حالة ما إذا لم يستطع المكلف إزالة الظلم بالكلية، لكن عنده القدرة على تقليله وتخفيفه فإنه يفعل ما يقدر عليه من هذا التقليل للظلم، وفي بعض صيغ القاعدة الإشارة إلى هذا المعنى، حيث وردت الصيغة: «دفع الظلم واجب بحسب الإمكان»، وقد

---

(١) انظر: الكليات للكفوي ص ٤٥٠.

(٢) رواه بهذا اللفظ البيهقي في الكبرى ٥٩٦/٦ (١٣٠٨٠) من حديث طلحة بن عبد الله بن عوف مرسلاً، ورواه البزار في البحر الزَخَار ٢٣٥/٣ (١٠٢٤) من حديث عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه بلفظ: " شهدت حلف بني هاشم، وزهرة وتيم، فما يسرني أني نقضته ولي حمر النعم، ولو دعيت به اليوم لأجبت، على أن نأمر بالمعروف وننهى عن المنكر ونأخذ للمظلوم من الظالم"، ورواه أحمد في المسند ١٩٣/٣ (١٦٥٥) وابن حبان ٢١٦/١٠ (٤٣٧٣)، والحاكم ٢٣٩/٢ (٢٨٧٠)، والبيهقي في الكبرى ٥٩٥/٦ (١٣٠٧٧) من حديث عبد الرحمن ابن عوف رضي الله عنه، بلفظ "شهدت حلف المطيبين مع عمومتي وأنا غلام، فما أحب أن لي حمر النعم وأني أنكثه"، وقال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد، ولم يخرجاه. ووافقه الذهبي.

نصت بعض القواعد ذات العلاقة بالقاعدة على هذا فقررت إحداها أنه «كما يجب إزالة الظلم يجب تقليله عند العجز عن إزالته بالكلية»، وهذا لأن الميسور لا يسقط بالمعسور كما تقرر القاعدة الأخرى.

كما أن القاعدة مقيَّدة أيضًا بأن لا يترتب على رفع الظلم حصول ظلم أو مفسدة أكبر منه، فإن ترتب على رفعه شيء من ذلك كان الواجب حينئذ ترك الظلم على حاله ولو مع القدرة على إزالته، كما يدل عليه فقه تعارض المصالح والمفاسد، كما لو علمنا أن رفع الظلم عن رجل ظُلِم في قدرٍ من المال يغري ظالمه به ويدفعه إلى أخذ أكثر من ذلك القدر، فإن الواجب حينئذ تركه دفعًا للظلم الأكبر منه.

ومع أن رفع الظلم يلزم كلَّ قادر عليه فإن منصب القضاء هو المعنيّ بالدرجة الأولى بهذه المهمة، وفي ذلك يقول العز بن عبد السلام: «الغرض من نصب القضاة إنصاف المظلومين من الظالمين، وتوفير الحقوق على المستحقين، والنظر لمن يتعذر نظره لنفسه كالصبيان والمجانين والمبذرين والغائبين، فلذلك كان سلوك أقرب الطرق في القضاء واجبًا على الفور؛ لما فيه من إيصال الحقوق إلى المستحقين ودرء المفسدة عن الظالمين والمبطلين، وقد تقدم أن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر واجبان على الفور، وأحد الخصمين ههنا ظالم أو مبطل وتجب إزالة الظلم والباطل على الفور وإن لم يكن آثمًا بجهله؛ لأن الغرض إنما هو دفع المفاسد سواء كان مرتكبها آثمًا أو غير آثم»[١].

وقد جاءت أحكام الشريعة متسقة مع هذا المبدأ الذي سيقت القاعدة من أجله، ولذا فإننا نجد كثيرًا من الأحكام إنما شرعت من أجل رفع الظلم عن المظلومين كما في أحكام الغصب والحدود والجنايات والضمان وكثير من

---

(١) قواعد الأحكام ٢/٣٥، وانظر: الأحكام السلطانية لأبي يعلى ص ٢٧، مقدمة ابن خلدون ص١٩١.

أحكام الأسرة كالتطليق للضرر ومشروعية الخلع وإيقاف المولي وغير ذلك من أحكام كان الدافع فيها إزالة الظلم وحسم مادته.

والقاعدة مظهر واضح من مظاهر إزالة الضرر وإنكار المنكر اللذين دعت إليهما الشريعة وأمرت بهما في عشرات النصوص الشرعية؛ إذ الظلم من أعظم الأضرار وأكبر المنكرات، ورفعه من أعظم ما يكون به إزالة الضرر وإنكار المنكر، والقاعدة مظهر من مظاهر نفي استحقاق الظالم لما أخذه ظلمًا وإن تطاول زمان ظلمه، فإن الظلم لا يكون سببًا لاكتساب حق، ولذلك فإن هناك تلازمًا بين رفع الظلم وبين القاعدة النبوية «ليس لعرق ظالم حق»، وقد تفرع عنها قواعد فيها نفس معنى القاعدة لكن في مجال أضيق مثل قاعدة «الفعل الذي هو عدوان واجب الفسخ شرعًا» وقد تكاملت معها قواعد أخرى فأعطت جميعها صورة واضحة عن الظلم وطرق رفعه وما يتعلق بذلك، مثل قاعدة: «الكفّ عن الظلم واجب» وقاعدة: «كما يجب إزالة الظلم يجب تقليله عند العجز عن إزالته بالكلية» وقاعدة: «الحق لا يسقط بظلم الظالم»، والقاعدة فرع عن قاعدة: «الظلم يحرم تقريره «لأن من صور تقرير الظلم الكثيرة ترك رفعه من قادر على ذلك، وللصلة الوثيقة بين هذه القاعدة والقاعدة التي بين أيدينا فقد جمع بعض الفقهاء بينهما في صيغة واحدة فنص على أن «الظلم يجب إعدامه ويحرم تقريره»[1].

والقاعدة وإن كان حديثها عن إزالة الظلم بعد وقوعه فإن مما يتصل بها وجوب كف الظالم عن الظلم عند إرادته أو مباشرته له حتى لا يقع، وهذا من المعروف الذي يُقدم له، بل هو نصر له، ففي الحديث أن النبي ﷺ قال: «انصر أخاك ظالمًا أو مظلومًا» قيل: يا رسول الله، أنصره مظلومًا، فكيف أنصره

(١) البحر الرائق لابن نجيم ٦/ ٢٦٠، الفتاوى الخيرية لخير الدين الرملي ٢/ ٢٣٧، رد المحتار لابن عابدين ٥/ ٣٣١.

ظالما؟ قال: «تمنعه من الظلم؛ فإن ذلك نصره»[(١)].

ولا يعرف للقاعدة مخالف خصوصًا وهي إحدى صور النهي عن المنكر ورفع الضرر وهما الأصلان المقطوع بهما في الشريعة، وكذلك للأدلة الأخرى الدالة عليها، وهي شاملة لكل ما يتصور وقوع الظلم فيه من أبواب المعاملات.

أدلة القاعدة:

١- قول الله تعالى: ﴿وَإِن طَآئِفَتَانِ مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ ٱقْتَتَلُوا۟ فَأَصْلِحُوا۟ بَيْنَهُمَا ۖ فَإِنۢ بَغَتْ إِحْدَىٰهُمَا عَلَى ٱلْأُخْرَىٰ فَقَٰتِلُوا۟ ٱلَّتِى تَبْغِى حَتَّىٰ تَفِىٓءَ إِلَىٰٓ أَمْرِ ٱللَّهِ ۚ فَإِن فَآءَتْ فَأَصْلِحُوا۟ بَيْنَهُمَا بِٱلْعَدْلِ وَأَقْسِطُوٓا۟ ۖ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلْمُقْسِطِينَ﴾ [الحجرات- ٩] ففي الآية الكريمة الأمر من الله تعالى للمؤمنين بقتال الطائفة الظالمة رفعًا للظلم الواقع على الطائفة المظلومة.

٢- القاعدة الكبرى «الضرر يزال»[(٢)]. إذ إن رفع الظلم عمن وقع عليه من صور إزالة الضرر.

٣- الأدلة الدالة على وجوب النهي عن المنكر؛ فإن رفع الظلم الذي هو من أعظم المنكرات من أبرز صور إنكاره، وإنما شرع الإنكار من أجل إزالة المنكر، ومن هذه الأدلة:

أ- قول الله تعالى: ﴿لُعِنَ ٱلَّذِينَ كَفَرُوا۟ مِنۢ بَنِىٓ إِسْرَٰٓءِيلَ عَلَىٰ لِسَانِ دَاوُۥدَ وَعِيسَى ٱبْنِ مَرْيَمَ ۚ ذَٰلِكَ بِمَا عَصَوا۟ وَّكَانُوا۟ يَعْتَدُونَ ﴿٧٨﴾ كَانُوا۟ لَا يَتَنَاهَوْنَ عَن مُّنكَرٍ فَعَلُوهُ ۚ لَبِئْسَ مَا كَانُوا۟ يَفْعَلُونَ﴾ [المائدة- ٧٨، ٧٩].

---

(١) رواه البخاري ٩/ ٢٢ (٦٩٥٢) وفي مواضع من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه، ورواه مسلم ٤/ ١٩٩٨ (٢٥٨٤) بنحوه من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنه.

(٢) انظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

ب- عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من رأى منكم منكرا فليغيره بيده، فإن لم يستطع فبلسانه، فإن لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الإيمان»[١].

ج - عن حذيفة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: «والذي نفسي بيده لتأمرن بالمعروف ولتنهون عن المنكر، أو ليوشكن الله أن يبعث عليكم عذابًا منه ثم تدعونه فلا يستجيب لكم»[٢].

٣- عن عروة بن الزبير قال: قال رجل من أصحاب رسول الله ﷺ «إن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ في أرض، غرَس أحدُهما فيها نخلاً، والأرضُ للآخر، فقضى رسول الله ﷺ بالأرض لصاحبها، وأمر صاحبَ النخل أن يُخرِج نخلَه، وقال: «ليس لعرق ظالم حق»[٣]. وهذا الحديث تطبيق نبوي للقاعدة، كما هو واضح.

٤- عن المقدام بن معد يكرب، رضي الله عنه، قال: قال رسول الله ﷺ: «أيما رجل أضاف قومًا فأصبح الضيف محرومًا؛ فإن نصره حق على كل مسلم حتى يأخذ بقرى ليلة من زرعه وماله»[٤]. وحرمان الضيف من حق الضيافة ظلم أمر النبي ﷺ برفعه.

---

(١) رواه مسلم في صحيحه ١/٦٩ (٤٩) من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه.

(٢) رواه أحمد ٣٨/٣٣٢ (٢٣٣٠١) وفي مواضع، والترمذي ٤/٤٦٨ (٢١٦٩)، وقال: حديث حسن.

(٣) رواه بهذا السياق أبو داود في سننه ٣/٥١٠ (٣٠٦٨)، والدارقطني في سننه ٣/٤٤٤ (٢٩٣٨)، والبيهقي في الكبرى ٦/١٦٤ (١١٥٣٩)، وقد روى أبو داود ٣/٥١٠ (٣٠٦٨)، والترمذي ٣/٦٦٢-٦٦٣ (١٣٧٨)، والنسائي في الكبرى ٥/٣٢٥ (٥٧٢٩) قوله: «ليس لعرق ظالم حق» دون ذكر القصة، من حديث سعيد بن زيد بن عمرو بن نفيل رضي الله عنه، وقال الترمذي: حديث حسن غريب.

(٤) رواه أحمد ٢٨/٤١٦ (١٧١٧٨)، وأبو داود ٣/٣٤٣ (٣٧٥١).

تطبيقات القاعدة:

١- على القاضي أن يبيع مال المدين المماطل لمصلحة دائنيه رفعًا للظلم الذي ركب الناس من جراء هذه المماطلة؛ لأن المطل ظلم، والظلم يجب رفعه[١].

٢- من غصب شيئًا فعليه رده في مكان غصبه؛ لأنه يجب عليه رفع الظلم الذي بدر منه، ويرده في مكان غصبه، لأن القيمة تتفاوت بتفاوت الأماكن[٢].

٣- إذا احتُلت دولةٌ مسلمة - كما هو واقع لفلسطين مثلاً - فإن الواجب على الدول الإسلامية رفع هذا الظلم عنها بكل السبل الممكنة من إمداد بمال وسلاح ومقاطعة للدولة الغاصبة ونحو ذلك من وسائل حتى يتم رفع الظلم عنها؛ لأن رفع الظلم واجب، والاحتلال من أعظم الظلم.

٤- يجب تدخل الدولة فيما انطوى على ظلم في عقود الإذعان[٣]، كأن يكون في الثمن غبن فاحش أو تضمن شروطًا تعسفية ضارة، وذلك

(١) انظر: البهجة شرح التحفة ٢/٣٣٠، الملكية لأبي زهرة ص ١٤٩.
(٢) الاختيار لتعليل المختار ٣/٦٨.
(٣) هو مصطلح قانوني غربي حديث لاتفاقيات يكون تعلق العقد فيها بسلع أو منافع يحتاج إليها الناس كافة ولا غنى لهم عنها كالماء والكهرباء والغاز والهاتف والبريد والنقل العام، ويكون فيها احتكار - أي: سيطرة - الموجب لتلك السلع أو المنافع أو المرافق احتكاراً قانونيًا أو فعليًا، أو على الأقل سيطرته عليها بشكل يجعل المنافسة فيها محدودة النطاق، وينفرد الطرف الموجب بوضع تفاصيل العقد وشروطه دون أن يكون للطرف الآخر حق في مناقشتها أو إلغاء شيء منها أو تعديله، ويتم صدور الإيجاب العرض موجهًا إلى الجمهور، موحداً في تفاصيله وشروطه وعلى نحو مستمر. انظر: قرارات مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، قرار رقم: ١٣٢ (١٤/٥) بشأن موضوع عقود الإذعان.

بالتسعير الجبري العادل، الذي يدفع الظلم والضرر عن الناس المضطرين إلى تلك السلعة أو المنفعة بتخفيض السعر المتغالى فيه إلى ثمن المثل، أو بإلغاء أو تعديل الشروط الجائرة بما يحقق العدل بين طرفيه[١]، وكذا إذا تواطأ الباعة من تجار ونحوهم على رفع أسعار ما لديهم طلبًا للربح الزائد، فعليها التدخل بتحديد سعر عادل للمبيعات؛ إقامة للعدل بين البائعين والمشترين، ودفعًا للظلم عن الرعية[٢].

٥- على الدول الإسلامية بذل ما يمكن بذله من وسائل وضغوط لرفع الظلم الواقع على الأقليات المسلمة في بقاع كثيرة من الأرض، أو تقليله إن لم يرفع بالكلية، وهو موقف من مواقف النصر في الدين، والله تعالى يقول: ﴿وَإِنِ ٱسْتَنصَرُوكُمْ فِى ٱلدِّينِ فَعَلَيْكُمُ ٱلنَّصْرُ إِلَّا عَلَىٰ قَوْمٍۭ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِّيثَٰقٌ﴾.

٦- إذا اختلف العمال وأصحاب العمل فعلى الدولة أن تتدخل لفض النزاع ورفع الظلم وإقرار الحق والإلزام بالعدل دون تحيز[٣].

٧- على الزوج حجز امرأته عن ملابسة الظلم لجيرانها أو لغيرهم، وإذا وقع منها ظلم تجاههم وجب عليه رفعه بما جعل الله له من قوامة عليها؛ لأن رفع الظلم واجب على كل من قدر عليه، وهو ممن يقدر على ذلك.

---

(١) قرارات مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، قرار رقم: ١٣٢ (١٤/٥) بشأن موضوع عقود الإذعان.

(٢) انظر: فتاوى اللجنة الدائمة ١٣/١٧١.

(٣) المادة الثالثة عشرة من نص الإعلان الإسلامي لحقوق الإنسان.

٨- على الدولة نزع المغصوبات والمسروقات من المعتدين وردها إلى أهلها إن كانت قائمة بأعيانها أو رد قيمتها إن لم تكن عينها موجودة؛ لأنها قادرة على رفع الظلم فيكون ذلك واجبًا عليها للقاعدة.

إبراهيم طنطاوي

* * *

رقم القاعدة: ٣٠٢

نص القاعدة: يَجِبُ تَقْلِيلُ الظُّلْمِ عِنْدَ العَجْزِ عَن إِزَالَتِه بالكُلِّيَّةِ[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

الواجب إذا لم يمكن دفع جميع الظلم أن يدفع الممكن منه[٢].

قواعد ذات علاقة:

١- الشريعة جاءت بتحصيل المصالح وتكميلها، وتعطيل المفاسد وتقليلها[٣]. (أصل للقاعدة).

٢- ما لم يمكن إزالته من الشر يخفف بحسب الإمكان[٤]. (أعم من القاعدة).

٣- رفع الظلم واجب على كل من قدر عليه[٥]. (أصل للقاعدة).

---

(١) انظر: مجموع فتاوى ابن تيمية ٥٩٩/٢٨، الفتاوى الكبرى له ١٥١/٥، مختصر الفتاوى المصرية لابن تيمية ص٤١٥.

(٢) مجموع الفتاوى لابن تيمية ٧٧/٢٨.

(٣) مجموع الفتاوى ٢٦٥/١. وانظرها في قسم القواعد المقاصدية بلفظ: "وضع الشرائع إنما هو لمصالح العباد".

(٤) مجموع الفتاوى لابن تيمية ٥٩١/٢٨.

(٥) البهجة في شرح التحفة ٤٣/١. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

٤- الميسور لا يسقط بالمعسور[١]. (أصل للقاعدة).

٥- الضرر يدفع بقدر الإمكان[٢]. (أعم من القاعدة).

٦- النَّهي عن المنكر كله واجب بحسب الإمكان[٣]. (أصل للقاعدة).

٧- يدفع أعظم الضررين بأهونهما[٤]. (علاقة العموم والخصوص الوجهي).

٨- الحق لا يسقط بظلم الظالم[٥]. (مكملة).

٩- يدفع الظلم بظلم أخف منه[٦]. (أخص).

شرح القاعدة:

حرم الله تعالى الظلم على عباده وجعله من كبائر الذنوب، وأمر بإزالته وإعدامه كلَّ قادر على ذلك، فإذا كان المرء غير قادر على إزالته فإنه يكون معذورًا ولا لوم عليه؛ لأنه لا واجب مع عجز، إلا أنه وفي بعض الأحيان لا يكون المكلف قادرًا على إزالة الظلم ورفعه بالكلية ويكون بمقدوره تخفيفه وتقليله أو إزالة بعضه، فهل يكون مأمورًا بإزالة ما يقدر عليه منه، أم يكون معذورًا لعدم قدرته على إعدام الظلم واجتثاثه فلا يطالب بهذا التخفيف أو التقليل منه؟ وقد سيقت القاعدة لبيان هذا الأمر وتوضيحه فقررت أن كل ظلم حرمه الله تعالى وأمر بإزالته إذا لم يمكن رفعه وإعدامه بالكلية للعجز عن ذلك فإن الواجب العمل على تخفيفه وتقليله إذا كان ذلك باستطاعة المكلف، وإذا

---

(١) أشباه ابن السبكي ١/١٥٥، أشباه السيوطي ص ٢٨٨، قواعد الحصني ٢/٤٨. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٢) مجلة الأحكام، المادة (٣١) وشروحها.

(٣) شرح التجريد في فقه الزيدية ٦/٤٠١.

(٤) المبسوط للسرخسي ٤/٥٩، ١٠٦. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٥) معارج الآمال لابن حميد السالمي ٤/٢١٣.

(٦) انظر: النوازل الجديدة الكبرى للوزاني ٣/٥٤٣.

كان قادرًا على تخفيف الظلم ولم يفعل كان بذلك تاركًا لواجب من الواجبات عليه.

ولفظ القاعدة هي لشيخ الإسلام ابن تيمية، رحمه الله تعالى، وقد ذكرها في أكثر من موضع من مؤلفاته بلفظها أحيانًا وبمعناها أحيانًا أخرى، ووصفها في بعض تلك المواضع بأنها «أصل عظيم»[1]، ومما ورد من كلامه تقريراً لهذا الأصل قوله: «فنشر العدل بحسب الإمكان ورفع الظلم بحسب الإمكان فرض على الكفاية يقوم كل إنسان بما يقدر عليه من ذلك إذا لم يقم غيره في ذلك مقامه ولا يطالب والحالة هذه بما يعجز عنه من رفع الظلم»[2] وقوله: «وأصل هذا أن الله جل وعز بعث الرسل لتحصيل المصالح وتكميلها بحسب الإمكان وتقديم خير الأمرين بتفويت أدناهما، والله سبحانه حرم الظلم على عباده وأوجب العدل فإذا قدر ظلم وفساد ولم يمكن دفعه كان الواجب تخفيفه وتحري العدل والمصلحة بحسب الإمكان»[3].

ويتجلى في القاعدة أخذها بمبادئ وقواعِد عامة في التشريع الإسلامي فكانت تلك بمثابة الروافد التي استمدت منها القاعدة شرعيتها أولاً وأهميتها ثانيًا، ونستطيع تحديد أهم تلك القواعد فيما يلي:

١- الشريعة جاءت بتحصيل المصالح وتكميلها، وتعطيل المفاسد وتقليلها.

فهذه هي قاعدة الشرع والمقصد الأعظم من التشريع، والقاعدة متفرعة عن شطرها الثاني؛ فإن الظلم أحد أكبر المفاسد التي جاءت الشريعة بتعطيلها وإزالتها إذا أمكن ذلك، وإذا لم يمكن غير تقليلها وتخفيفها والحدّ منها كان ذلك هو المتعين.

---

(١) الفتاوى الكبرى ٣٩/٤.

(٢) مجموع الفتاوى ٣٥٧/٣٠.

(٣) مجموع الفتاوى ٢٧١/٢٩.

٢- رفع الظلم واجب على كل من قدر عليه:

فالظلم لشناعته أوجب الله تعالى إزالته على كل قادر على إزالته، والإزالة وإن كان المقصود منها الإعدام والرفع بالكلية فإن التخفيف والتقليل عند عدم القدرة على ذلك يعدّ نوع رفع للظلم؛ لأن فيه رفعًا لجزء منه هو الذي أحدث هذا التخفيف، فكان داخلاً في عموم القاعدة وأدلتها الكثيرة.

٣- الميسور لا يسقط بالمعسور:

فإذا كان رفع الظلم وإزالته بالكلية معسورًا بالنسبة للمكلف لا يستطيع الإتيان به، وكان متيسرًا له تخفيفه وتقليله - لم يكن عجزه عن إزالته رخصة له في ترك ما يستطيع فعله من هذا التخفيف لهذه القاعدة.

٤- الضرر يدفع بقدر الإمكان:

فالظلم من أعظم أنواع الضرر التي تدخل على المكلف، والواجب دفعه قبل نزوله ورفعه بعد الوقوع بقدر الإمكان، فإذا لم يمكن إلا تقليله وإزالة بعضه كان ذلك واجبًا متعينًا لهذه القاعدة.

٥- يدفع أعظم الضررين بأهونهما:

وهذا الأصل يدخل كثير من صور القاعدة تحته؛ وذلك أن المكلف لا يستطيع أن يدفع الظلم الأعظم والأكثر في كثير من الأحيان إلا بظلم أقل منه أو باحتمال قدر منه، فيكون الواجب حينها دفع أعظم الظلمين بأهونهما، وفي هذا تقليل للظلم عند العجز عن إزالته بالكلية، وهذا هو وجه الاشتراك بين القاعدتين، وقد يكون هناك ضرران ليسا من جنس الظلم، كما أنه يجب تقليل الظلم وإن لم يكن هناك ظلم آخر، وبهذا يتبين أن العلاقة بين القاعدتين هي علاقة العموم والخصوص الوجهي.

٦- النَّهي عن المنكر كله واجب بحسب الإمكان.

فالقاعدة من صور النهي عن المنكر المأمور به في الشرع؛ إذ الظلم من أعظم المنكرات، وفي تقليله عند العجز عن رفعه من أبواب النهي عنه وإنكاره، كما أن التعاون بين المسلمين على تقليل الظلم أو الحد منه مِن أجلّ صور التعاون على البر والتقوى الذي هو من المبادئ الكبرى في الإسلام.

والملاحظ أن القاعدة - رغم أهميتها - قليلة الورود في كتب الفقهاء وغيرهم من أهل العلم، وكأنهم اكتفوا بأصولها الكثيرة في التعبير عنها، وهذا لا يقلل من أهميتها بحال.

ومن جيد ما يذكر هنا ما ذكره شيخ الإسلام ابن تيمية أن من هذا الباب تولي يوسف الصديق عليه السلام على خزائن الأرض لملك مصر بل ومسألته أن يجعله على خزائن الأرض وكان هو وقومه كفارًا، كما قال تعالى: ﴿وَلَقَدْ جَآءَكُمْ يُوسُفُ مِن قَبْلُ بِٱلْبَيِّنَٰتِ فَمَا زِلْتُمْ فِى شَكٍّ مِّمَّا جَآءَكُم بِهِۦ﴾ [غافر: ٣٤] وقال تعالى عنه: ﴿يَٰصَٰحِبَىِ ٱلسِّجْنِ ءَأَرْبَابٌ مُّتَفَرِّقُونَ خَيْرٌ أَمِ ٱللَّهُ ٱلْوَٰحِدُ ٱلْقَهَّارُ﴾ [يوسف: ٣٩] ومعلوم أنه مع كفرهم لا بد أن يكون لهم عادة وسنة في قبض الأموال وصرفها على حاشية الملك وأهل بيته وجنده ورعيته، ولا تكون تلك جارية على سنة الأنبياء وعدلهم، ولم يكن يوسف عليه السلام يمكنه أن يفعل كل ما يريد وهو ما يراه من دين الله؛ فإن القوم لم يستجيبوا له، لكن فعل الممكن من العدل والإحسان، ونال بالسلطان من إكرام المؤمنين من أهل بيته ما لم يكن يمكن أن يناله بدون ذلك، وهذا كله داخل في قوله تعالى: ﴿فَٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ مَا ٱسْتَطَعْتُمْ﴾[1] [التغابن - ١٦].

ومن أحكام هذه القاعدة أنه إذا ترتب على مباشرة الظلم لتقليله ضرر ما

(١) انظر: مجموع فتاوى ابن تيمية ٥٦/٢٠.

من نحو تلف أو استهلاك لبعض مال المظلوم للدفع عن بقيته فإن القائم بذلك لا إثم عليه ولا لوم ولا ضمان، لأنه محسن بذلك وما على المحسنين من سبيل، كما يقرر القرآن العظيم(١).

والقاعدة متسعة المجال اتساع وجود الظلم، فكل مجال وجد فيه ظلم كان للقاعدة حضورها والعمل بها فيه، ولم يعلم للقاعدة مخالف خصوصًا وأصولها مما هو متفق عليه في الجملة بين الفقهاء.

أدلة القاعدة:

١- قول الله عز وجل: ﴿فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ﴾ [التغابن: ١٦].

٢- عن أبي هريرة، رضي الله عنه، عن النبي ﷺ قال: «إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم»(٢).

وقد جاءت أدلة الشرع المتعددة بالأمر برفع الظلم عن المظلوم، وإذا كان رفعه مأمورًا به فإن المكلف يأتي منه ما استطاع للآية والحديث السابقين، وفي هذا القدر الذي يستطيعه يكون التخفيف للظلم والتقليل له كما نطقت به القاعدة.

٣- عن جابر بن عبد الله، رضي الله عنه، أن رسول الله ﷺ لما سئل عن الرقى قال: «من استطاع منكم أن ينفع أخاه فليفعل»(٣).

ولاشك أن تخفيف الظلم وتقليله من غير قادر على إزالته بالكلية مما يدخل تحت عموم الأمر بنفع الغير الوارد في هذا الحديث.

---

(١) انظر: كلامًا لشيخ الإسلام ابن تيمية في هذا الأمر في مجموع الفتاوى ٣٥٨/٣٠.
(٢) رواه البخاري ٩٤/٩-٩٥ (٧٢٨٨)، ومسلم ٩٧٥/٢ (١٣٣٧).
(٣) رواه مسلم في صحيحه ١٧٢٦/٤ (٢١٩٩) من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنه.

٤- قاعدة: «الشريعة جاءت بتحصيل المصالح وتكميلها، وتعطيل المفاسد وتقليلها»[١] وأدلتها.

٥- قاعدة: «رفع الظلم واجب على كل من قدر عليه»[٢] وأدلتها.

٦- قاعدة: «الميسور لا يسقط بالمعسور»[٣] وأدلتها.

تطبيقات القاعدة:

١- إذا كانت هناك ولاية مشتملة على ظلم، ومن تولاها أقام الظلم، فتولاها شخص قصده بذلك تخفيف الظلم فيها ودفع أكثره باحتمال أيسره -كان ذلك حسنًا مع هذه النية، وكان فعله لما يفعله من السيئة بنية دفع ما هو أشد منها جيدًا[٤]. وإذا لم يوجد غيره للقيام بهذا الأمر وجب عليه فعل ذلك.

٢- الأموال التي يأمر الحاكم بجمعها من أهل البلد بحق أو بغير حق يحرم على القائم عليها توفير بعض الناس وجعل قسطه على غيره؛ لأن في ذلك ظلمًا لهذا الغير، ومن قام فيها بنية العدل وتخفيف الظلم مهما أمكن وإعانة الضعيف لئلا يتكرر الظلم عليه، بلا نية إعانة الظالم كان كالمجاهد في سبيل الله إذا تحرى العدل وابتغى وجه الله[٥]، ويجب عليه ذلك إذا لم يمكن غيره فعله.

---

(١) مجموع الفتاوى ١/٢٦٥. وانظرها في قسم القواعد المقاصدية بلفظ: "وضع الشرائع إنما هو لمصالح العباد".

(٢) انظرها: بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٣) المصدر نفسه.

(٤) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٠/٥٥.

(٥) انظر: مجموع الفتاوى ٣٠/٣٣٦، وقد نقله عنه في كشاف القناع ٣/١٠٠، الفروع ١٠/٣٠٣.

٣- إذا لم يمكن رد المال المأخوذ ظلمًا إلى صاحبه للجهل به أو لإباء ذلك الظالم القادر على المنع من ذلك، وأمكن صرفه في مصالح المسلمين وجب ذلك تقليلاً للظلم[١].

٤- من الخير والبر أن يتوسط رجل في تقليل مال يأخذه الظالم القادر على أخذه من المظلوم في تقليل هذا المال المأخوذ ظلمًا، ولا حرج عليه في مباشرة أخذ ذلك المال وإعطائه للظالم مادام يفعل ذلك إعانة للمظلوم[٢]، وكذا يقال في ولي اليتيم والوقف، إذا طلب ظالم منه مالاً فاجتهد في دفع ذلك بمال أقل منه إليه، أو إلى غيره بعد الاجتهاد التام في الدفع فهو محسن بذلك، وما على المحسنين من سبيل[٣]. ويكون هذا واجب الفعل عليه لوجوب فعل الأصلح في حق اليتيم والوقف على متولي أمرهما.

٥- لا مانع شرعًا أن يتولى المسلم منصبًا في بلد لا يحكم بالشريعة الإسلامية أو في بلد غير إسلامي إذا كان ذلك بنية حسنة وبقصد الدفاع عن حقوق المسلمين ورفع الظلم عن المظلومين أو تقليله وإقامة ما استطاع من العدل وتقليل الشر وسد مكان عن الظلمة والأشرار، وفي يوسف عليه السلام أسوة في ذلك[٤]، وإذا لم يصلح لذلك فلا شخص بعينه وجب عليه فعله.

٦- الواجب في التصويت في الانتخابات ونحوها إعطاء الصوت لمن يكون توليه أنفع من غيره وأدفع للظلم والشر من غيره، وإذا دار الأمر

---

(١) انظر: الفروع لابن مفلح ١٠/٣٤٧.
(٢) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٠/٥٥.
(٣) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٨/٢٨٥.
(٤) انظر: موقع الشبكة الإسلامية، فتوى رقم ٤٦٤٨٨.

بين مجموعة من الظالمين فإن الواجب مراعاة اختيار أقلهم ظلمًا عملاً بالقاعدة، حتى في الانتخابات التي تجري في البلاد غير الإسلامية يعطى الصوت لأقل المتقدمين ظلمًا، ولمن كان في توليهم رفع للظلم أو تقليل له وإن كانوا غير مسلمين[١].

٧- الواجب على الدول الإسلامية التدخل بشتى الطرق لرفع الظلم عن الأقليات المسلمة التي تواجه ظلمًا واضطهادًا في بلادها، فإذا تعسر رفع الظلم عنهم تمامًا كان الواجب العمل على تخفيفه قدر المستطاع إما كمًا وإما كيفًا؛ فإن ذلك خير من ترك قضيتهم بدعوى العجز عن رفع الظلم عنهم بالكلية.

إبراهيم طنطاوي

* * *

(١) انظر: موقع فتاوى الإسلام، سؤال رقم ٣٠٦٢.



رقم القاعدة: ٣٠٣

نص القاعدة: الظُّلْمُ يَحْرُمُ تَقْرِيرُهُ[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- الظلم لا يحل إقراره[٢].

٢- التقرير على الظلم مع إمكان المنع منه حرام[٣].

٣- الظلم لا يجوز تقريره[٤].

٤- تقرير الظلم وتثبيته حرام[٥].

٥- الظلم يجب إعدامه لا تقريره[٦].

٦- الظلم لا يجوز إمضاؤه[٧].

٧- الجَوْر لا يحلّ إمضاؤه في دين الله تعالى[٨].

---

(١) شرح الخاتمة ص ٥٣، حاشية ابن عابدين ٣٣١/٥، تنقيح الفتاوى الحامدية ٤٩٧/٣، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو ٣٢٦/٦.

(٢) المحلى لابن حزم ٤٢٧/٨.

(٣) المبسوط للسرخسي ٨٥/١٠، شرح فتح القدير ٤١٦/٥، ووردت بلفظ: "التقرير على الظلم مع قدرة المنع منه حرام " في شرح فتح القدير ٤٦١/٥.

(٤) حاشية ابن عابدين ٣٣١/٥، ٤٦٧.

(٥) انظر: درر الحكام لعلي حيدر ٦٣٥/٤.

(٦) تبيين الحقائق ١١٤/٥، البحر الرائق ١٣/٨، ووردت بلفظ: "الظلم يجب إعدامه لا تقريره وإحكامه" في تنقيح الفتاوى الحامدية ٢٠٤/٦.

(٧) المحلى لابن حزم ٣٠٦/٧.

(٨) المحلى ١٤٥/٩.

قواعد ذات علاقة :

١- التقرير على المعصية معصية[١]. (أصل للقاعدة).

٢- ليس لعرق ظالم حق[٢]. (أعم).

٣- رفع الظلم واجب على كل من قدر عليه[٣]. (متفرعة).

٤- الظلم لا يجوز إمضاؤه بل يرد ويفسخ[٤]. (متفرعة).

٥- لا يجوز إعطاء الأمان على التقرير على الظلم[٥]. (متفرعة).

٦- الكفّ عن الظلم واجب[٦]. (مكملة).

٧- الميسور لا يسقط بالمعسور[٧]. (مكملة).

شرح القاعدة :

الظُّلم في اللغة مُجاوَزَة الحدِّ، ووَضْع الشيء في غير موضِعه[٨]، وهو كذلك في الشرع، وقد عرفه البعض بأنه التصرف في ملك الغير ومجاوزة الحد[٩]. وأكثر صور الظلم التي يكثر دورانها عند الفقهاء وغيرهم ترجع إلى

---

(١) المبسوط للسرخسي ١١٥/١٤. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٢) هي لفظ حديث نبوي. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٣) البهجة في شرح التحفة ٤٣/١، وفي لفظ: "على كل من يقوى على دفع الظلم عن المظلوم أن يقوم به" كما في المبسوط ٢٣٠/١٠. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٤) المحلى لابن حزم ٣٠٦/٧.

(٥) شرح السير الكبير للسرخسي ١٨٩٢/٥.

(٦) المبسوط للسرخسي ١٢٤/١٥.

(٧) الأشباه والنظائر لابن السبكي ٤٦٦/١، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٥٩. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٨) انظر: مقاييس اللغة، لسان العرب، المصباح المنير: مادة (ظ ل م).

(٩) انظر: الكليات للكفوي ص ٥٩٤، التعاريف للمناوي ص ٤٩٢، تفسير القرطبي ٣٠٩/١، شرح النووي على مسلم ١٤٣/٢، فتح الباري لابن حجر ٩٥/٥.

أخذ حق الغير أو منعه منه، سواء أكان هذا الحق ماديًا أم معنويًا.

ومعنى التقرير لغة واصطلاحًا: التثبيت والتحقيق والإقرار[١]. فمعنى تقرير الظلم: إقراره وتثبيته، وقد جاءت بذلك بعض الصيغ الأخرى للقاعدة.

فالقاعدة تعني أن كل ما من شأنه تثبيت الظلم وإقراره فهو محرم؛ وذلك أن المكلف مأمور أصالة برفع الظلم وإزالته وإعدامه إذا كان قادرًا على ذلك، كما تنص على ذلك قاعدة: «رفع الظلم واجب على كل من قدر عليه» وأدلتها الكثيرة، فإذا لم يستطع المكلف فعل ذلك لعجزه أو لترتب ضرر أكبر من الظلم المراد إزالته أو لغير ذلك من الأسباب، فإنه لا يجوز له أن يأتي بأي تصرف تكون فيه إعانة على بقاء هذا الظلم وتثبيته؛ لأن هذا هو المستطاع له، والميسور لا يسقط بالمعسور كما تقرر القاعدة المشهورة، فإذا غصب إنسان من آخر أرضًا أو نحوها مثلاً، فإن الواجب انتزاعها من يده وردها إليه، فإذا كان هذا غير مستطاع، فإنه يحرم على المكلفين التعامل الذي فيه تثبيت لهذا الغصب؛ كأن يشهد له أحد بها أمام القاضي، أو أن يشتريها منه، أو أن يبنيها له، ونحو ذلك من التصرفات والأفعال التي فيها إعانة على تقرير هذا الغصب.

ولاشك أن من أعظم صور التقرير للظلم عدم رفعه من قادرٍ على ذلك - مع الأخذ في الاعتبار الضوابط الشرعية الواجب مراعاتها لمثل هذا الإجراء - فكل مَن كان قادرًا على رفع الظلم ولم يرفعه فهو مقررٌ له مثبتٌ لدعائمه معينٌ للظالم فيه، ولذلك فإن القاعدة أعم من قاعدة: «رفع الظلم واجب على كل من قدر عليه»، وللصلة الوثيقة بين هذه القاعدة والقاعدة التي بين أيدينا فقد جمع بعض الفقهاء بينهما في صيغة واحدة فنص على أن «الظلم يجب إعدامه ويحرم تقريره»[٢].

---

(١) انظر: لسان العرب، مادة (ق ر ر)، الكليات للكفوي ص٣١٠، التعاريف للمناوي ص ١٩٨.

(٢) البحر الرائق لابن نجيم ٦/ ٢٦٠، الفتاوى الخيرية لخير الدين الرملي ٢/ ٢٣٧، رد المحتار لابن عابدين ٥/ ٣٣١.

كما أن من صور تقرير الظلم الرضا به والفرح بوقوعه ولو من غير قادر على إزالته؛ فإن للقلب عملاً كما للجوارح، فإذا رضي الإنسان بظلمٍ ما كان هذا منه تقريرًا له ولابد؛ لأنه مأمور بإنكار هذا المنكر بقلبه عند العجز عن إنكاره باليد أو اللسان كما هو معلوم.

والشرع إذ يحرّم وسائل تقرير الظلم وتثبيته فإنه بذلك يسعى إلى تحجيم الظلم وحصره والتنفير منه ومن فاعله، وإلى منع الظالم من الانتفاع بثمرة ظلمه بقدر المستطاع، وكل هذه وسائل لمحاربة الظلم بعد وقوعه، كما أن هناك وسائل لمحاربته قبل وقوعه حتى لا يقع.

والقاعدة متفرعة عن قاعدة «التقرير على المعصية معصية» لأن الظلم معصية من المعاصي، وكذلك هي متفرعة عن قاعدة «ليس لعرق ظالم حق «فإن تحريم تقرير الظلم ناشئ عن فقدان الظالم للحق، وقد تفرعت عنها قاعدة: «الظلم لا يجوز إمضاؤه بل يرد ويفسخ» وضابط: «لا يجوز إعطاء الأمان على التقرير على الظلم» ففيهما معنى القاعدة لكن في مجال أضيق، وقد تكاملت معها بعض القواعد كقاعدة: «الميسور لا يسقط بالمعسور» وقاعدة: الكف عن الظلم واجب».

ومجال القاعدة واسع جدًا لأنه شامل لكل ما يتصور فيه الظلم، وهي من القواعد التي لا يعلم لها مخالف، لأن موضوعها أمر مقطوع به في الشريعة.

أدلة القاعدة:

١- قول الله تعالى: ﴿وَلَا تَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلۡإِثۡمِ وَٱلۡعُدۡوَٰنِۚ﴾ [المائدة: ٢].

فإن الآية دالة على حرمة إقرار الظلم؛ لأن في إقرار الظلم وتثبيته بقول أو تصرف تعاونًا مع الظالم في عدوانه، وهو ما نهت عنه الآية الكريمة.

٢- عن النعمان بن بشير رضي الله عنهما قال: «سأَلَتْ أمي أبي بعضَ الموهبة لي من ماله، ثم بدا له فوهبها لي»، فقالت: لا أرضى حتى تشهد النبي ﷺ. فأخذ بيدي وأنا غلام فأتى بي النبي ﷺ، فقال: إن أمه بنت رواحة سألتني بعض الموهبة لهذا. قال: «ألك ولد سواه»؟ قال: نعم. قال: فأراه قال: «لا تشهدني على جور» وفي رواية: «فإني لا أشهد على جَوْر»[(١)].

فالنبي ﷺ، لم يكتف ببيان حكم المسألة، وإنما ترك الشهادة عليها؛ لأن في ذلك تقريرًا لما حكم عليه ﷺ، بأنه ظلم وجور، فكان في هذا دليل على أن الظلم لا يجوز تقريره.

٣- عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من رأى منكم منكرًا فليغيره بيده، فإن لم يستطع فبلسانه، فإن لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الإيمان»[(٢)].

فإن تقرير الظلم بأي وسيلة منافٍ لتغييره، وتغييره واجب، فيكون تقريره محرمًا.

٤- عن عروة بن الزبير قال: قال رجل من أصحاب رسول الله ﷺ:«إن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ في أرض، غرَس أحدُهما فيها نخلاً، والأرضُ للآخر، فقضى رسول الله ﷺ بالأرض لصاحبها، وأمر صاحبَ النخل أن يُخرِجَ نخلَه، وقال: «ليس لعرق ظالم حق»[(٣)].

---

(١) رواه البخاري ١٧١/٣ (٢٦٥٠)، ومسلم ١٢٤٣/٣ (١٦٢٣).

(٢) رواه مسلم في صحيحه ٦٩/١ (٤٩) من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه.

(٣) رواه بهذا السياق أبو داود في سننه ٥١٠/٣ (٣٠٦٨)، والدارقطني في سننه ٤٤٤/٣ (٢٩٣٨)، والبيهقي في الكبرى ١٦٤/٦ (١١٥٣٩)، وقد روى أبو داود ٥١٠/٣ (٣٠٦٨)، والترمذي ٦٦٢/٣-٦٦٣ (١٣٧٨)، والنسائي في الكبرى ٣٢٥/٥ (٥٧٢٩) قوله: «ليس لعرق ظالم حق» دون ذكر القصة، من حديث سعيد بن زيد بن عمرو بن نفيل رضي الله عنه، وقال الترمذي: حديث حسن غريب.

فلم يكتفِ النبي ﷺ ببيان الحكم الشرعي في الحادثة وأنها ظلم ممن غرس في أرض غيره حتى أضاف إلى ذلك إزالة آثار هذا الظلم وعدم تقرير فعله الظالم بترك آثاره.

تطبيقات القاعدة :

١- لا يجوز للقادر على رفع الظلم ترك ذلك؛ لأن في تركه للظلم مع قدرته على تغييره تقريرًا وتثبيتًا له، وهو أمر محرم لا يجوز.

٢- لا يجوز إقامة علاقات دبلوماسية أو تعاون اقتصادي ونحو ذلك من معاملات مع الدول المغتصبة لأراضي المسلمين كإسرائيل مثلاً؛ لأن في هذا تقريرًا لظلمهم، والظلم يحرم تقريره.

٣- إذا غصب مالاً فدفعه إلى مَن يضارب به وقد علم العامل بالغصب فلا أجر له؛ لأنه متعد بالعمل ولم يغرّه أحد[١] ولأن في هذا تقريرًا منه للظلم، والظلم يحرم تقريره، ومثل هذا عدم جواز شراء المغصوبات أو المسروقات ونحوها مما أُخذ ظلمًا من أصحابها أو استئجار ما يصلح للاستئجار منها إذا علم مريد الشراء أو الإجارة بكونها قد أخذت من أربابها ظلمًا لما في ذلك كله من تقرير للظلم.

٤- من قدر على منع الراشي من أخذ الرشوة ولم يفعل فقد أقره عليها، ويعتبر آثمًا لسكوته عن الظلم وإقراره إياه[٢].

٥- ترك إنكار الظلم باليد أو اللسان أو القلب محرم لا يجوز؛ لأن في ترك ذلك تقريرًا له، وتقرير الظلم محرم لا يجوز.

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة ٥/ ٢٠٥.

(٢) انظر: موسوعة القواعد الفقهية للبورنو ٦/ ٣٢٧.

٦- لا يجوز للقاضي أن يحكم إلا بالعدل، فإذا حكم بخلافه كان واقعًا في إثم عظيم، ويعظم الإثم إذا كان فيه إقرار لظلم وقع على مظلوم بعدم رفعه عنه وإنصافه من ظالمه.

٧- يجب رفع القوانين الجائرة المخالفة لأحكام الشرع، ومن كان قادرًا على رفعها من حاكم وغيره ولم يفعل كان آثمًا بذلك؛ لأن في تركه تغييرها مع قدرته على ذلك تقريرًا لها، وهو محرم للقاعدة.

٨- يجب على الدولة ملاحقة أصحاب الجرائم الذين يوقعون بالناس ظلمًا في أموالهم وأبدانهم وممتلكاتهم؛ فإن ترك هؤلاء وما يصنعون فيه إقرار لهم على صنيعهم وإن لم تعترف الدولة بذلك؛ والظلم يحرم تقريره.

إبراهيم طنطاوي

* * *



رقم القاعدة: ٣٠٤

نص القاعدة: المظْلُومُ لا يَظْلِمُ غَيْرَهُ[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- المظلوم ليس له أن يظلم غيره[٢].

٢- ليس للمظلوم أن يظلم غيره[٣].

٣- من ظُلِم فليس له أن يظلم غيره[٤].

٤- من ظُلِم لا يظلم غيره[٥].

٥- المظلوم له أن يدفع الظلم عن نفسه بما قدر عليه، ولكن ليس له أن يظلم غيره[٦].

٦- لا يجوز لأحد أن يظلم غيره، وإن كان هو مظلومًا[٧].

---

(١) تبيين الحقائق للزيلعي ٥/٣٠٠، التحقيق الباهر لهبة الله أفندي ٢/٤٣٩، البهجة في شرح التحفة للتسولي ٢/٢٦٧.

(٢) تبيين الحقائق ٣/٣٠٧، ٤/٢٨٤، ٥/٣٠٣، الجوهرة النيرة ١/٣١٠، ترتيب اللآلي ٢/١٠٥٠ (بتصرف).

(٣) المبسوط ٢٠/١١٥، المجلة – وشروحها – المادة ٩٢١، شرح القواعد الفقهية ص ١٧٦. وفي لفظ: " ليس للمظلوم أن يظلم آخر " ترتيب اللآلي ٢/١٠٥٠، درر الحكام ٢/٥٤٤، ٣/٥٤٩.

(٤) المبسوط١١/٨، ١٢٤، ١٩/٦٦٩، ٢١/١٥٧، فتاوى قاضيخان ١/٢٧٣، تبيين الحقائق ٥/٣٠٠، صنوان القضاء للأشفورقاني ٣/٩٢.

(٥) شرح الزركشي ١/٣٥٩.

(٦) قواعد الفقه للمجددي ص ١٢٤. وبنحوه في شرح السير الكبير ٥/٢٠٣٣. وفي لفظ: " لا يحل لأحد أن يدفع الظلم عن نفسه بظلم يوصله إلى غيره " المحلى ١١/١١٣.

(٧) حاشية الشلبي ٥/٣٠٠.

قواعد ذات علاقة :

١- الضرر لا يزال بمثله[١]. (أعم).

٢- الكف عن الظلم واجب[٢]. (أعم، دليل).

٣- المظلوم لا يرجع على غير ظالمه[٣]. (أخص).

٤- رفع الظلم واجب على كل من قدر عليه[٤]. (متكاملة).

٥- الظالم لا يظلم ولكن ينتصف منه[٥]. (متكاملة).

٦- الظلم يحرم تقريره[٦]. (متكاملة).

٧- العقوبة بقدر الجناية[٧]. (متكاملة).

شرح القاعدة :

المراد بالظلم هو التعدي على حق الغير، أو نفسه، أو ماله، أو عرضه، بغير وجه شرعي[٨].

---

(١) مجلة الأحكام العدلية المادة ٢٥. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٢) فتاوى قاضيخان ٣/١٠٤.

(٣) الأشباه والنظائر لابن الملقن ٢/٢٢٨، نهاية المحتاج ٥/١٥٧، مغني المحتاج ٢/٢٩٣، المغني – ولفظه: "لا يرجع المظلوم على غير ظالمه" ١٢/٤٥٨، وانظر أيضًا: شرح منتهى الإرادات١/٤١١، جواهر الكلام ٣٧/٤٢٠، جامع المقاصد ٤/١٤٨، ٥/٣٧٥، ٦/٤٨١، ٨/٤٨١.
وفي لفظ آخر: "المظلوم لا يرجع إلا على ظالمه – أو على من ظلمه" المبسوط ٧/١٥٧، لسان الحكام لابن الشحنة ص ٢٤١. مغني المحتاج ٢/١٩٣، ٢/٢٩٣. وفي لفظ ثالث: "المظلوم لا يؤاخذ إلا من ظلمه " فتح العزيز ١١/٨٥.

(٤) البهجة في شرح التحفة ١/٤٣. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٥) أصول السرخسي ٢/٢٦٠. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٦) شرح الخاتمة ص ٥٣. وفي لفظ: "الظلم لا يحل إقراره" المحلى ٩/٣٦٣. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٧) القواعد والفوائد للعاملي ٢/١٩٣. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٨) انظر: موسوعة القواعد الفقهية ٦/٣٢٦.

أو بعبارة أخرى: التصرف في حق الغير بغير إذنه، أو مجاوزة حد الشارع[١].

ولفظ القاعدة خبر معناه النهي، ومفادها: أن من كان مظلومًا حقيقة – أو في ظنه هو – في أمر من الأمور فإنه ليس له أن يظلم غيره، ولا أن يستوفي حقه إلا ممن ظلمه؛ لأنه بظلمه لغيره يتعدى حد الشرع في دفع الظلم عنه، أو في الانتقام لنفسه، وينقلب من المظلوم إلى الظالم[٢]، فكل تصرف من المظلوم من شأنه أن يؤدي إلى إلحاق الظلم بغيره فإنه منهي عنه، ويعتبر تصرفه ذلك ظلمًا واعتداءً في منظور الشرع.

فمن وقع عليه الظلم من غيره بالتصرف في حقه بغير إذنه، أو مجاوزة حد الشارع في معاملته أو عقوبته فإن له الحق في أن ينتصر لنفسه ممن ظلمه، بل له أن يدفع الظلم عن نفسه بكل ما يقدر عليه من الطرق الشرعية؛ فقد تقرر في الشريعة الإسلامية أن الكف عن الظلم واجب، وأن الظلم يجب دفعه بقدر الإمكان، ولا يحل تقريره بحال من الأحوال، ولذلك. فدفعُ الظلم بالطرق الجائزة حق خوله الشرعُ المظلومَ، لكن ليس للمظلوم أن يظلم غيره، فكونه ظُلِم لا يعطيه الحق في أن يظلم غيره من الناس، كائنًا من كان، حتى ولو كان ظالمَه[٣]؛ فكما أن ظُلْمَ الظالمِ لا يسوغ أن يُظْلَم هو، ولا أن يسلب حقه في

---

(١) انظر: التعريفات للجرجاني ص ١٨٦، الكليات للكفوي، ص ٥٩٤، موسوعة القواعد الفقهية ١٠/٧٠٦.

(٢) انظر: موسوعة القواعد الفقهية ١٠/٧٠٦.

(٣) قال الشيخ أحمد الزرقا – رحمه الله تعالى – موضحًا معنى هذه القاعدة: " وهو بإطلاقه شامل للظالم أيضًا، فليس للمظلوم أن يظلمه أصلاً، بل له أن يتخلص من ظلمه ويأخذ الحق منه ويسعى وراء ردعه عن الظلم بما يكفي رادعًا لأمثاله عن المعاودة، كما يعلم ذلك من مراجعة أحكام التعزير، أما ما زاد على ذلك فلا يجوز، قال الله تعالى: ﴿ وَلَمَنِ ٱنتَصَرَ بَعْدَ ظُلْمِهِۦ فَأُوْلَٰٓئِكَ مَا عَلَيْهِم مِّن سَبِيلٍ ﴿٤١﴾ إِنَّمَا ٱلسَّبِيلُ عَلَى ٱلَّذِينَ يَظْلِمُونَ ٱلنَّاسَ وَيَبْغُونَ فِى ٱلْأَرْضِ بِغَيْرِ ٱلْحَقِّ ﴾ [الشورى: ٤١، ٤٢]. ولهذا لم يجوز الشرع لأحد الاعتداء على حق أحد ولو كان غاصبًا، فلو غصب أرضًا مثلاً وزرعها فجاء ربها، فإما أن=

العدالة؛ كما قرر الفقهاء: «إن الظالم لا يُظلم، لكن ينتصف منه»، فلا يجوز للمظلوم أن ينتصف من غير من ظلمه ولا يحق له أن يطالب بحقه ويعاقب غير ظالمه، وإن عاقبه فليس له أن يتعدى حقه ويقتص بأكثر مما جني عليه؛ لأن من القواعد الثابتة في الشريعة الإسلامية «أن العقوبة تكون بقدر الجناية»(١)، فالظالم إنما يستوفى منه الحق ويقتص منه بقدر جنايته ولا يجوز بأكثر منه، سواء أكان المستوفي لحقه والمعاقب للظالم والجاني هو المظلوم نفسه أم غيره ممن يجوز له معاقبته.

ولما كان هذا المعنى من المسلمات الشرعية؛ لم نجد لدى الفقهاء من يخالف هذه القاعدة، بل قالوا بمقتضاها في مجال الحقوق والمعاملات، وغيرها مما يتصور فيه ظلم الناس بعضهم لبعض، وإن كانوا قد اختلفوا في اندراج بعض المسائل تحتها - شأنها في ذلك شان غيرها من القواعد الفقهية - كما نرى ذلك عند ذكر التطبيقات، إن شاء الله تعالى.

أدلة القاعدة:

يدل للقاعدة أدلة كثيرة، من أبرزها:

أولاً: جميع النصوص الدالة على تحريم الظلم مطلقًا، منها:

١- قوله جل ثناؤه: ﴿ وَجَزَٰٓؤُاْ سَيِّئَةٖ سَيِّئَةٞ مِّثۡلُهَاۖ فَمَنۡ عَفَا وَأَصۡلَحَ فَأَجۡرُهُۥ عَلَى ٱللَّهِۚ

= يكون الزرع قد نبت أو لا، وإذا كان نبت فإما أن يكون قد استحصد أو لا، فإن كان نبت واستحصد فهو للغاصب، وللمالك أن يرجع بنقصان أرضه، وإن كان نبت ولم يستحصد فللمالك أن يأمر الغاصب بقلعه وتفريغ ملكه، فإن أبى يقلعه بنفسه أو يرفع الأمر للحاكم ليقلعه، وإن كان لم ينبت فالمالك مخير إن شاء تركها حتى ينبت فيأمره بقلعه وإن شاء أعطاه ما زاد البذر في الأرض فتقوم مبذورة ببذر يجب قلعه إذا نبت وتقوم غير مبذورة، فيعطى فصل ما بينهما، وهو الأصح " شرح القواعد الفقهية ص ١٧٦.

(١) الفروق للقرافي ٤/٤٧.

إِنَّهُۥ لَا يُحِبُّ ٱلظَّٰلِمِينَ ﴿٤٠﴾ وَلَمَنِ ٱنتَصَرَ بَعْدَ ظُلْمِهِۦ فَأُوْلَٰٓئِكَ مَا عَلَيْهِم مِّن سَبِيلٍ ﴿٤١﴾ إِنَّمَا ٱلسَّبِيلُ عَلَى ٱلَّذِينَ يَظْلِمُونَ ٱلنَّاسَ وَيَبْغُونَ فِى ٱلْأَرْضِ بِغَيْرِ ٱلْحَقِّ ۚ أُوْلَٰٓئِكَ لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾ [الشورى: ٤٠-٤٢].

٢- حديث أبي ذر عن النبي ﷺ فيما روى عن الله تبارك وتعالى أنه قال: «يا عبادي إني حرمت الظلم على نفسي وجعلته بينكم محرما فلا تظالموا... ». الحديث[١].

٣- حديث ابن عمر - رضي الله عنهما - مرفوعًا: «إن الظلم ظلمات يوم القيامة»[٢].

فهذه النصوص وأمثالها تدل على تحريم الظلم، وهو يشمل جميع أنواعه، سواء أكان في نفس أو مال أو عرض، في حق مؤمن أو كافر أو فاسق[٣]، فالظلم محرم مطلقًا في كل حال، فلا يحل أن يَظلِم أو يُظْلَم أحدٌ، أيًا كان سببه ومصدره، ولاشك أن المظلوم إذا ظلم غيره فقد صار ظالمًا، بعد أن كان مظلومًا، لذلك كان ممنوعًا من ذلك شرعًا.

ثانيًا: قوله تعالى: ﴿وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَٰنًا فَلَا يُسْرِف فِّى ٱلْقَتْلِ﴾ [الإسراء: ٣٣].

أي لا يسرف ولي المقتول المظلوم: بأن يمثل بالقاتل، أو يقتص من غير القاتل[٤].

ثالثًا: كما يدل لها - إن كان «غيره» هو الظالم الذي ظلمه - قاعدة «العقوبة بقدر الجناية».

---

(١) رواه مسلم في صحيحه ٤/١٩٩٤-١٩٩٥ (٢٥٧٧).

(٢) رواه البخاري ٣/١٢٩ (٢٤٤٧)، ومسلم ٤/١٩٩٦ (٢٥٧٩).

(٣) انظر: سبل السلام ١/٢٣٦.

(٤) انظر: الجامع لأحكام القرآن ١٠/٢٥٥، تفسير ابن كثير ٣/٤٠.

تطبيقات القاعدة:

١- من ادعى أنه وكيل الغائب في قبض دينه، أو وديعته، فصدَّقه الغريم، أُمِر بتسليم الدين، أو الوديعة، إليه، فإن حضر الغائب وأنكر الوكالة، كان القول قوله مع يمينه، فيدفع الغريم إليه الدين ثانيًا، ويرجع به على الوكيل، إن كان باقيًا في يده، وإن كان ضاع في يده لم يرجع عليه؛ لأنه بتصديقه اعترف بأنه مُحِقٌّ في القبض، أمين لا ضمان عليه، وهو مظلوم من قِبَل الدائن بتضمينه إياه، فرجوعه على الوكيل ظلم في ظنه، والمظلوم لا يظلم غيره(١).

٢- إذا أخذ المأمور من قبل السلطان بجمع عُشر الغلات العشرَ من المرتهن، فلا يرجع المرتهن على الراهن؛ لأنه إن تطوع فهو متبرع، وإن كان مكرهًا فقد ظلمه المأمور، والمظلوم لا يرجع إلا على الظالم(٢). وكذلك لو أن المأمور بجمع الزكاة أخذ ظلمًا قدرًا زائدًا على المقدار المستحق في مال مختلط بحضور أحد الخليطين وغياب الآخر، فإن الحاضر لا يرجع على شريكه الغائب بقسط الزائد الذي أخذه المأمور ظلمًا بلا تأويل؛ لأن الزيادة ظلم، فلا يرجع به على غير ظالمه أو متسبب في ظلمه(٣).

٣- قال المالكية: من اشترى شيئًا واستُحِق من يده، فخاصم المستحِقَّ بتجريح وتكذيب بينته حتى عجز المشتري عن إثبات دعواه، فإنه لا يرجع على بائعه بالثمن – على أحد القولين- لأن مخاصمته للمستحق تتضمن إقراره بصحة ملك البائع للشيء المستحق، وأن المستحِق

---

(١) انظر: المبسوط ١١/١٢٤، الهداية ٣/١٥١، ١٥٢، البحر الرائق ٧/١٨٣، مغني المحتاج ٢/٢٢٧. وراجع نظيره في جواهر الكلام ٣٧/٤٢٠.

(٢) انظر: المبسوط ٢١/١٦٣، لسان الحكام ص ٢٤١.

(٣) انظر: المهذب ١/٢٨٧، الإقناع لابن قدامة ١/٢٣٥، شرح منتهى الإرادات ١/٤١١.

ظلمه، والمظلوم لا يظلم غيره(١).

٤- لو أكره رجل رجلاً على قتل مسلم معصوم، فإنه لا يجوز له قتله باتفاق المسلمين، وإن هدده بالقتل؛ فإنه ليس حفظ نفسه بقتل ذلك المعصوم أولى من العكس، فهو - وإن كان مظلومًا - لكن ليس له أن يظلم غيره فيقتله لئلا يقتل هو(٢).

٥- لو أتلف أحد مال آخر، فقابله الآخر بإتلاف ماله، يكون الاثنان ضامنين؛ لأن كلاً منهما فعل ما لا يجوز له فعله؛ فإن الأول ظلم الآخر بإتلاف ماله، فوجب عليه الضمان، والثاني المظلوم لم يكن له أن يتلف مال الأول، فلما أتلفه صار هو أيضًا ضامنًا، فوجب عليه الضمان(٣).

٦- من سُرق منه شيء، ولم يعرف السارق، فلا يجوز أن يقوم بسرقة شيء من شخص آخر انتقامًا ممن سرقه، أو انتقامًا لسرقته.

٧- من قتل له قتيل - عمدًا وعدوانًا - فليس له أن يقتص من القاتل بنفسه، من غير إذن الإمام، أو يقتص من غير القاتل، فإن فعل صار قاتلاً مستحقًا للقصاص. وصار ظالمًا بعد أن كان مظلومًا(٤).

٨- لو انخدع أحد فأخذ نقودًا زائفة من أحد، فليس له أن ينقدها غير الذي أخذها منه(٥).

---

(١) البهجة ٢/٢٦٧.
وقال الحنفية: إن المشتري يرجع على البائع بالثمن، لأنه صار مكذبًا في إقراره بصحة ملك البائع للشيء المستحق، فسقط اعتبار إقراره. انظر: المبسوط ١١/٨.

(٢) انظر: مجمع الضمانات ١/٤٦٠، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ٥/٢٥٩، ٦/٤٢٦، البحر الزخار ١/٩٧.

(٣) انظر: شرح المجلة لرستم باز ص ٥١٢، نظرية الضمان للزحيلي ص ٨٨.

(٤) انظر: المسألتين في موسوعة القواعد الفقهية ١٠/٧٠٥، ١١/١٠٢٩.

(٥) انظر: درر الحكام ٢/٥٤٤، شرح المجلة للأتاسي ٣/٤٦٣.

٩- إذا ضرب رجل غيره بغير حق، فليس للمضروب أن ينتقم لنفسه بضرب شخص آخر بريء غير الضارب[١].

١٠ - من غصب منه شيء في سوق - أو محلة - فليس له أن يطالب حراس السوق، ولا غيرهم بما غصب منه؛ لأن المظلوم ليس له أن يظلم غيره[٢].

استثناءات من القاعدة:

قال الحنفية: خرج عن هذا الأصل ما إذا كفل شخص عن غيره بأمره شيئًا، ثم أنكره الكفيل والأصيل، فأقام الخصم بينة على أن الأصيل أمر الكفيل بذلك، فقضى القاضي على الكفيل، يضمن الكفيل، ويرجع الكفيل بما أدى على الأصيل. وقال زفر - رحمه الله تعالى: لا يرجع؛ لأن الكفيل لما أنكر الكفالة فقد زعم أن الطالب ظلمه، والمظلوم لا يظلم غيره. لكن قال سائر الحنفية: إن الكفيل لما قضى عليه القاضي صار مكذَّبًا في زعمه، فبطل ما زعمه[٣]. فتركوا هذا الأصل لأصل آخر، وهو «الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان»، أي إذا ثبتت الكفالة بالأمر عيانًا يرجع الكفيل بما أدى على الأصيل، فكذا إذا ثبتت بالبينة[٤].

د. محمد خالد عبد الهادي هدايت

* * *

(١) موسوعة القواعد الفقهية ١١/١٠٢٩. وانظر أيضًا: درر الحكام ٢/٥٤٤.
(٢) انظر: درر الحكام ٢/٥٤٤.
(٣) انظر: المبسوط ٢٠/١١٥، ترتيب اللآلي ٢/١٠٥٠- ١٠٥١.
(٤) انظر: ترتيب اللآلي ١/٥٧٧.

رقم القاعدة: ٣٠٥

نص القاعدة: الظَّالِـمُ لا يُظْلَمُ، ولَكِنْ يُنْتَصَفُ مِنْهُ[١].

صيغ أخرى للقاعدة :

١- الظالم لا يُظلم[٢].

٢- الظالم لا يظلم بل ينصف[٣].

٣- الظلم لا يبيح الظلم[٤].

٤- لا يجوز أن يقابل ظالمٌ بالظلم[٥].

قواعد ذات علاقة :

١- الكفّ عن الظلم واجب[٦]. (أعم من القاعدة).

---

(١) المبسوط للسرخسي ٦٨/١١، شرح السير الكبير – وزيد في آخرها: "بالمثل فقط" – ٥١١/٢، فتح القدير ٣٦٦/٦، كشف الأسرار ١٣٦/٤، أصول السرخسي ٢٦٠/٢، الفتاوى الفقهية لابن حجر الهيتمي ٩٨/٣، ووردت بلفظ: "الظالم لا يُظلم بل ينتصف منه " في المبسوط للسرخسي ٨٠/١١، وبلفظ: "الظالم لا يُظلم بل ينصف منه" في تكملة البحر للطوري ١٣٠/٨.

(٢) تكملة البحر الرائق ١٣٤/٨.

(٣) تكملة البحر الرائق ١٣٠/٨، تبيين الحقائق ٢٢٦/٥.

(٤) الحاوي للماوردي ١٣٣/١٣.

(٥) شرح النيل وشفاء العليل ٤٦٤/٨.

(٦) فتاوى قاضيخان ١٠٤/٣.

٢- الظلم يجب دفعه ويحرم تقريره[١]. (أعم من القاعدة).

٣- العقوبة بقدر الجناية[٢]. (أعم من القاعدة).

٤- المظلوم لا يظلم غيره[٣]. (علاقة العموم والخصوص الوجهي).

٥- الظالم أحق أن يحمل عليه[٤]. (مكملة).

٦- الظلم لا يبيح مال الظالم[٥]. (متفرعة).

شرح القاعدة :

الظُّلم في اللغة مُجاوَزَة الحدِّ، ووَضْع الشيء في غير موضِعه[٦]، وهو كذلك في الشرع، وقد عرفه البعض بأنه التصرف في ملك الغير ومجاوزة الحد[٧] وأكثر صور الظلم التي يكثر دورانها عند الفقهاء وغيرهم ترجع إلى أخذ حق الغير أو منعه منه، وسواء أكان هذا الحق ماديًا أو معنويًا، والظالم هو المتصف بالظلم بحيث يقع منه الظلم كثيرًا، فيصير الظلم صفة غالبة عليه، أو هو الملابس له ولو لم يقع منه إلا نادرًا، فهو حال تلبسه به أو عند الحديث عن الواقعة التي ظلَم فيها – ظالمٌ.

---

(١) موسوعة القواعد الفقهية ٣٢٦/٦ – نقلاً عن شرح الخاتمة ص ٥٣ - وفي لفظ: "الظلم لا يحل إقراره " المحلى ٣٦٣/٩، وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "الظلم يحرم تقريره".

(٢) طريقة الخلاف للأسمندي ص ٢٣٠، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٣) المبسوط ٥٤٦/٦، ٣٥/١٣، البهجة في شرح التحفة للتسولي ٢٦٧/٢، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٤) قواعد المقري ٤٨٣/٢، البيان والتحصيل ٢٣٨/١٥، شرح النيل وشفاء العليل ٥٠١/٨، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٥) منح الجليل ٣٧٨/٨.

(٦) انظر: مقاييس اللغة، لسان العرب، المصباح المنير: مادة (ظ ل م).

(٧) انظر: التعريفات ص ١٨٦، والكليات ص ٥٩٤، والتعريف للمناوي ص ٤٩٢، وموسوعة القواعد الفقهية ٧٠٦/١٠.

ومعنى الانتصاف من الظالم أخذ الحق منه، يقال: انتصف منه أي استوفى حقه منه كاملاً حتى صار كل على النَّصَف سواء، والنَّصَفُ والنَّصَفَةُ والإنْصاف إعطاء الحق[(١)].

فمعنى القاعدة أن الظلم لقبحه ولحرمته لا يجوز إيقاعه على أي أحد حتى ولو كان ظالمًا، فليس ظلم الظالم بمزيل لحقوقه الواجب المحافظة عليها واحترامها، وسواء في ذلك أكان المريد لظلم هذا الظالم هو المظلوم الذي وقع عليه الظلم، أو كان غيره، ولكن الواجب هو أخذ الحق من الظالم وبذله للمظلوم من غير زيادة عليه، ولا يحق للمظلوم أن يطالب ظالمَه بأكثر مما يستحقه منه، وإلا كان ظالمًا له.

فالمنع من ظلم الظالم ليس فيه انحياز له أو معاونة له على البقاء على ظلمه، كما قد يتوهم متوهم أو يظن ظانّ، وإنما فيه إقامة العدل الذي قامت عليه السموات والأرض، فقد وضعت الشريعة عقوبات للظلم وبينت كيفية التعامل مع ظلم الظالم في حدود معاقبته وأخذ الحق منه من دون زيادة على ذلك تحقيقًا لذلك العدل الذي ارتكزت عليه في تقريرها للعقوبات وغيرها، ولا أدل على ذلك من قوله تعالى: ﴿وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَـَٔانُ قَوْمٍ أَن صَدُّوكُمْ عَنِ ٱلْمَسْجِدِ ٱلْحَرَامِ أَن تَعْتَدُوا۟ ﴾ [المائدة: ٢]، وقوله: ﴿وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَـَٔانُ قَوْمٍ عَلَىٰٓ أَلَّا تَعْدِلُوا۟ ۚ ٱعْدِلُوا۟ هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ ۖ﴾ [المائدة: ٨] فبغض هؤلاء الظالمين بسبب أفعالهم الآثمة الظالمة - ومن أعظمها صد المسلمين عن المسجد الحرام - لم يكن سببًا في الخروج عن مقتضى العدل والوقوع في الظلم والاعتداء بتشريع شيء يوافق ذلك، كما أن المفسرين يذكرون في سبب نزول قوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا۟ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِۦ ۖ﴾ [النحل: ١٢٦] أن

---

(١) انظر: لسان العرب، القاموس المحيط: مادة (ن ص ف).

رسول الله ﷺ وأصحابه أقسموا حين فعل المُشركون يوم أُحد ما فعلوا بقتلى المسلمين من التمثيل بهم أن يجاوزوا فعلهم في المُثْلة بهم إنْ رُزقوا الظفر عليهم يومًا، فنهاهم الله عن ذلك بهذه الآية وأمرهم أن يقتصروا في التمثيل بهم - إن هم ظفروا - على مثل الذي كان منهم[١]. ولاشك أن هذا إرساء لهذا المبدأ الذي سيقت القاعدة من أجل تقريره.

ومنع الغير من أن يَظلم الظالمَ يدخل فيه – كما سبق تقريره – منع المظلوم من ظلم هذا الظالم، وتأكيد هذا المعنى يرجع إلى دفع شبهة قد تتعلق بها النفوس، وهي الميل إلى جانب المظلوم والتعاطف معه بسبب ما تَحمّله من ظلم الظالم، ولكن الانتصاف له من ظالمه – وهو الواجب في هذا المقام - لا يشترط له كي يحصل أن نوقع على الظالم ظلمًا، بل يكفي تمامًا أن يأخذ المظلوم حقه من ظالمه وأن يُعاقب الظالمُ بالعقوبة التي قررها الشرع لتحقيق هذا الانتصاف، والتعاطف مع المظلوم إنما كان بسبب وقوع الظلم - هذا الأمر البغيض - عليه، فلا يجوز بحال الوقوع فيه من أجل هذا التعاطف، والقاعدة بهذا تلتقي مع القاعدة الأخرى: «المظلوم لا يظلم غيره» إذ هذا الغير يصدق على ظالمه وعلى غير ظالمه، فتكون هذه القاعدة أعم من قاعدتنا من هذه الجهة، كما أن قاعدتنا أعم من جهة أن الظالم لا يجوز إيقاع الظلم عليه من المظلوم ومن غيره أيضًا، وبذلك تكون العلاقة بين القاعدتين علاقة العموم والخصوص الوجهي.

والقاعدة متفقة مع الأصول العامة القاضية بتحريم الظلم والمنع منه والأمر بإزالته، ولذلك لا يعرف لها مخالف من أحد، ولا يتصور الخلاف فيها من أجل انضوائها تحت قطعي من قطعيات الشريعة وهو تحريم الظلم، غير أن هناك خلافًا بين العلماء في بعض الصور هل تعدّ من قبيل الظلم أم لا، كما أن عند

---

(١) انظر: تفسير الطبري ١٧/ ٣٢٢.

المالكية قاعدة تقضي بأن «الظالم أحق أن يحمل عليه» فيلحقون به أمورًا يعدها غيرُهم من قبيل الظلم له، بينما لا يعتبرها المالكيون ظلما، فمثل هذا لا يعد خلافًا بين العلماء في القول بالقاعدة.

ومجال القاعدة يشمل كل ما كان للظلم فيه دخل، ولذلك فهي شاملة للعبادات والمعاملات، وأعظم مجالاتها مجالات الحقوق والقضاء والخصومات لوقوع الظلم فيها أكثر من غيرها.

وقد تفرعت القاعدة عن القواعد القاضية بتحريم الظلم والكف عنه والأمر بإزالته، مثل قاعدة: «الكفّ عن الظلم واجب» وقاعدة: «الظلم يجب دفعه ويحرم تقريره» وكذلك القواعد الآمرة بمعاقبة الظالم على قدر ظلمه كقاعدة «العقوبة بقدر الجناية» وما في معناها، وقد تفرع عن القاعدة قاعدة أخرى تنص على أن «الظلم لا يبيح مال الظالم» ففيها نفس معنى أصلها، إلا أنها اقتصرت على عدم ظلم الظالم فيما يتعلق بالأموال خاصة.

أدلة القاعدة:

١- النصوص الدالة على تحريم الظلم مطلقًا، فإنها شاملة لتحريم إيقاعه على الظالم وعلى غير الظالم، ومن ذلك:

أ- عن أبي ذر، رضي الله عنه، عن النبي ﷺ فيما يرويه عن رب العزة سبحانه أنه قال: «يا عبادي إني حرمت الظلم على نفسي وجعلته بينكم محرمًا فلا تظالموا...». الحديث[١].

ب - حديث ابن عمر رضي الله عنهما مرفوعًا: «إن الظلم ظلمات يوم القيامة»[٢].

٢- قاعدة: «العقوبة بقدر الجناية» وأدلتها.

---

(١) رواه مسلم ٤/١٩٩٤-١٩٩٥ (٢٥٧٧) عن أبي ذر الغفاري رضي الله عنه.

(٢) رواه البخاري ٣/١٢٩ (٢٤٤٧)، ومسلم ٤/١٩٩٦ (٢٥٧٩).

تطبيقات القاعدة :

١- لا يجوز للمعتدَى عليه بما دون النفس من قطع عضو أو إحداث جرح ونحو ذلك – لا يجوز له أن يقتصّ من الجاني بأكثر مما جنى عليه بأن يقطع له يديه كلتيهما مثلاً في مقابل قطعه يدًا واحدة له؛ لأن هذا ظلم للجاني، والظالم لا يُظلم[1].

٢- إذا غصب إنسان أرضًا فأقام عليها بناء، فلصاحب الأرض المطالبة بإزالة البناء ويكلف الغاصب الإزالة، لكن لو أراد مالك الأرض أخذ البناء بغير عوض فإنه ليس له ذلك؛ لأنه عين مال الغاصب فلم يملك صاحب الأرض أخذه[2]؛ لأن فيه ظلمًا له، والظالم لا يُظلم.

٣- لو أتلف إنسان مال آخر، فإن المظلوم الذي أُتلف ماله يجب له الضمان ولا يجوز له أن يتعدى على مال من اعتدى عليه بإتلاف أو نحوه، لأن الظلم لا يقابل بظلم مثله، والظالم لا يظلم، وقد قررت له الشريعة الانتصاف من ظالمه بأن شرعت تضمين المتلفات بمثلها أو بقيمتها على تفصيل معروف.

٤- لو أن إنسانًا ظُلم بأخذ قدر من ماله، أو منع من أخذ أجرة استحقها، فإنه يطالب بها، فإذا تمكن من أخذ أكثر منها بصورة أو أخرى – لم يجز له أخذ الزائد عن حقه؛ لأن في أخذ ذلك الزائد ظلمًا لظالمه، وهو غير جائز.

٥- إذا ارتكب إنسان حدًا من حدود الله، كمن سرَق نصابًا، أو ارتكب فاحشة الزنا - فإن الواجب على القاضي أن يقيم عليه الحد المقدر

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة ٨/٢٦٥، النيل وشفاء العليل ٣/٩٤٥.

(٢) انظر: المغني ٥/٣٧٨، شرح النيل لأطفيش ٨/٥٤١.

شرعًا من قطع يد أو جلد أو رجم، ولا يجوز له أن يقيم عليه أكثر مما قدره الشرع؛ لأن في ذلك ظلمًا له، وهو وإن كان ظالمًا بارتكابه ما ارتكب، لكن هذا لا يسوغ للقاضي أن يظلمه؛ لأن الظالم لا يظلم[1].

٦- لكل من الزوجين حقوق وواجبات، ومَن وجب عليه واجب لصاحبه كان من اللازم عليه أن يبذله له، ولو أن الطرف الآخر ظلمه بحبس حقه عنه، لأن الظالم لا يُظلم، ولكن يستوفى منه الحق.

٧- إذا ظلم رجلٌ من عامة الناس مستأمنًا فأخذ بعض ماله لا يكون ذلك نقضًا لعقد الأمان فلا يجوز للمظلوم قتله ولا أخذ أكثر مما أخذ منه إن قدر على ذلك؛ لأن ذلك ظلم له، والظالم لا يُظلم[2].

٨- لا يجوز معاقبة الذين ارتكبوا جنايات استحقوا بها السجن، بعقوبات زائدة على عقوبة السجن هذه، من نحو تعذيب لهم في سجونهم أو تكليفهم بأمور لا تجب عليهم، أو منعهم من بعض حقوقهم المستحقة لهم كزيارة أهليهم لهم ونحو ذلك، لأن هذا كله ظلم لهم، والظالم لا يُظلم.

٩- إذا غصب إنسان دابة أو أرضًا مزروعة فإن له غلتها بما أنفقه في علف الدابة أو زراعة الأرض؛ لأنه وإن ظلَم لا يُظْلَم[3].

إبراهيم طنطاوي

* * *

(١) انظر: التشريع الجنائي في الإسلام ١٨٩/٢.
(٢) انظر: شرح السير الكبير ٥١١/٢.
(٣) الشرح الكبير ٤٤٦/٣، منح الجليل ١٠٨/٧.



رقم القاعدة: ٣٠٦

نص القاعدة: الظَّالِمِ أَحَقُّ أن يُحْمَلَ عليهِ[(١)].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- الظالم أحق مَن حمل عليه[(٢)].

٢- يحمل على الظالم[(٣)].

٣- الظالم أحق بالحمل عليه[(٤)].

٤- يحمل على الظالم بعض الحمل[(٥)].

---

(١) قواعد المقري ٤٨٣/٢ المدونة ٦٣٩/٤، البيان والتحصيل ٢٣٨/١٥، الذخيرة ٢٧٢/٨، التاج والإكليل ٢٦٢/٦، شرح الخرشي على خليل ٤٠/٨، كليات ابن غازي ٦٥٦/٢، شرح ميارة على نظم التكميل ٢٦/١، منح الجليل ١١٨/٩، تبصرة الحكام ١٧/٢، البهجة للتسولي ٣٤٦/٢، ٣٤٨، ٣٥٥، جامع الأمهات ٥٠٣/١، الجواهر الثمينة لابن شاس ٦٤٠/٢، فتح المدبر للسمديسي ٣٦٧/١، النوازل الجديدة الكبرى للوزاني ١٤١/٥، ١٩٧/٨، ٤٠/١٠، ٧١، شرح النيل وشفاء العليل ٤٦٤/٨، ٢٣٧/١٠.

(٢) البيان والتحصيل ٢٣٢/١١، العقد المنظم لابن سلمون ٧٧/٢.

(٣) النوازل الجديدة الكبرى للوزاني ١٨٦/٥.

(٤) شرح الخرشي على خليل ١٣١/٦، شرح الزرقاني ١٩/٨، ٢٣، ٤٠، الشرح الكبير للدردير ٤٤٦/٣، ٢٧٤/٤، النوازل الصغرى للوزاني ٥٤٥/٣، ١٦/١٠، شرح النيل ٤٧٧/١٣.

(٥) النوادر والزيادات لابن أبي زيد القيرواني ٣١٩/١٠/٢، الجواهر الثمينة لابن شاس ٧٤٧/٢.

قواعد ذات علاقة :

١- ليس لعرق ظالم حق[(١)]. (أصل للقاعدة).

٢- الظالم يستحق العقوبة شرعا[(٢)]. (أعم من القاعدة).

٣- اليد الظالمة العادية لا اعتبار لها[(٣)]. (أعم من القاعدة).

٤- الظلم يجب دفعه ويحرم تقريره[(٤)]. (متكاملة).

٥- الأصل براءة الذمة[(٥)]. (متكاملة).

٦- الظالم لا يُظلم ولكن ينتصف منه[(٦)]. (متكاملة).

٧- المظلوم لا يظلم غيره[(٧)]. (متكاملة).

شرح القاعدة :

الظالم: اسم فاعل من ظلم، وأصل الظُّلم في اللغة: مُجاوَزَة الحدِّ، ووَضْع الشيء في غير موضِعه[(٨)]، ولا يخرج معناه الشرعي عن معناه اللغوي[(٩)]. وأكثر صور الظلم التي يكثر دورانها عند الفقهاء وغيرهم ترجع إلى أخذ حق

---

(١) هذه القاعدة نص حديث رواه أبو داود ٣/٥١٠ (٣٠٦٨)، والترمذي ٣/٦٦٢ (١٣٧٨) وغيرهما، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٢) الطرق الحكمية لابن القيم ص ٩٤.

(٣) الطرق الحكمية ص٣١.

(٤) شرح الخاتمة ص ٥٣، وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "الظلم يحرم تقريره".

(٥) أشباه ابن السبكي ١/٣٣ - ٣٧، أشباه السيوطي ص ١٥٣، أشباه ابن نجيم ص ٧٨، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٦) انظرها: بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٧) البحر الرائق ٧/١٨٣، شرح الخاتمة ص ٨١، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٨) انظر: مقاييس اللغة للسان العرب، المصباح المنير مادة (ظ ل م).

(٩) انظر: الكليات للكفوي ص ٥٩٤، التعاريف للمناوي ص ٤٩٢.

الغير أو منعه منه، وسواء كان هذا الحق ماديًا أو معنويًا، ومعنى «يُحمَل عليه»: يُناط ويلحق به، ويُشق عليه.

فالظلم معلوم قبحه وعاقبته الوخيمة في الآخرة، وهو من الأمور المقطوع بتحريمها في الشرع، وقد رتب الله عليه في الدنيا عقوبات تتناسب مع قدره ونوعه، من مثل الحد والتعزير والتغريم المالي إلى غير ذلك مما هو مفصل في كتب أهل العلم، والقاعدة تتحدث عن أن الأمر إذا دار بين قبول قول أحد الاثنين - الظالم أو المظلوم - أو إلحاق تغريم أو مشقة أو إلزام بمؤنة أو غير ذلك مما قد يحدث ويطرأ من التحملات والتبعات بناء على ما أحدثه الظالم بالمظلوم – فإن الواجب في هذا كله وأمثاله أن يتحمله الظالم دون المظلوم، فإذا اختلف السارق الذي قامت البينة بسرقته مع المسروق منه في مقدار الشيء المسروق، كان القول قول المسروق منه؛ لأن السارق ظالم فيحمل عليه على ما تقرره هذه القاعدة، كما أنها تعني أن التغليظ على الظالم إذا دعا إليه داعٍ أمرٌ حسن حتى يرتدع عن ظلمه، ولذلك رأى المالكية أن يعزر الجاني على ما دون النفس عمدًا، سواء اقتص منه أم لم يقتص لدرء القصاص أو للعفو أو الصلح؛ لأن الجاني وإن كان قد اقتص منه بمثل ما فعل في المجني عليه إلا أن هذا لا يمنع من تعزيره حتى يكون ذلك رادعًا عن ظلمه[1].

وبهذا يظهر أنه ليس المراد من القاعدة أن الظالم يعاقب بجرمه بإقامة حد أو بسجن أو باقتصاص المظلوم منه أو نحو ذلك مما هو مقرر ثابت، وإنما المراد أمر وراء ذلك وهو تحميل الظالم – زيادة على عقوبته – مسؤولية ما تسبب فيه من زوائد وطوارئ، وترجيح قول المظلوم على قوله عند التعارض وعدم قيام البينة.

---

(١) انظر: مواهب الجليل ٦/ ٢٤٧، شرح الدردير ٤/ ٣٢٤.

والقاعدة مالكية المنشأ والصيغة والتطبيق؛ فقد استعملها المالكية في كثير من الفروع الفقهية، وقد ذكرتها أكثر كتبهم، كما يتضح ذلك من خلال مصادرها السابق ذكرها وتطبيقاتها الآتية لاحقًا، إن شاء الله تعالى، وقد نص عليها الإباضية في بعض المواضع من كتبهم، وطبقوا عليها بعض الفروع الفقهية، وقد أشار إلى معناها أيضًا الإمام الشوكاني، ولم نقف عليها عند غيرهم من المذاهب الأخرى، لكن الملاحظ أن الجمهور يخالفون المالكية في كثير من فروعها معتبرين الحمل على الظالم فيها ظلمًا له، و«الظالم لا يُظلم» كما تقرر القاعدة الأخرى، بينما يرى المالكية أن الحمل عليه فيها ليس ظلمًا له وإنما هو عقوبة عادلة يستحقها بسبب ما جنته يداه، كما يعتبر الجمهور بعض هذه الفروع مخالفة للأصل المتفق عليه من أن الأصل براءة الذمة، في حين يرى المالكية أن ظلم الظالم سبب شرعي لشغل ذمته بأمور زائدة عقوبة له وردعًا لأمثاله عن الوقوع في مثل صنيعه.

والقاعدة متسعة المجال اتساع وجود الظلم، فحيث وجد ظلمٌ فإن للقاعدة وجودًا وإعمالاً، ويدخل في الظلم ظلم العبد نفسَه بالتهرب من الواجبات الشرعية، وقد تنوعت التطبيقات الواردة لها لتبين اتساع مجالها هذا، إلا أن استعمالها في القضاء والخصومات أبرز وأكثر من غيرها من المجالات.

والقاعدة بالصورة التي يراها المالكية عليها تعدّ فرعًا من فروع قاعدة: «ليس لعرق ظالم حق»، وقاعدة «الظالم يستحق العقوبة شرعًا» وقاعدة: «اليد الظالمة العادية لا اعتبار لها «إذ في القاعدة نفي الحق عن الظالم بسبب ظلمه، والحمل عليه بالعقوبة نتيجة لذلك، وعدم الاعتداد بقوله العاري عن بينة، ولها صلة بالقواعد المتعلقة بموضوع الظلم، وأشهرها: قاعدة: «الظلم يجب دفعه ويحرم تقريره»، وقاعدة «الظالم لا يُظلم» وقاعدة: «المظلوم لا يظلم غيره».

أدلة القاعدة:

١- قوله تعالى: ﴿فَلَا عُدْوَانَ إِلَّا عَلَى الظَّالِمِينَ﴾ [البقرة: ١٩٣].

ففي الآية الكريمة بيان نفي العدوان على أحد إلا أن يكون ظالمًا، وهذا يصدق على الحمل عليه بسبب ظلمه الواقع منه.

٢- قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا السَّبِيلُ عَلَى الَّذِينَ يَظْلِمُونَ النَّاسَ وَيَبْغُونَ فِي الْأَرْضِ بِغَيْرِ الْحَقِّ﴾.

فالظالم بظلمه جعل للحاكم وغيره عليه سبيلاً، فالحمل عليه جزء من هذا السبيل المجعول عليه.

٣- دلالة المعقول: ففي كثير من الأحيان يكون في عدم الحمل على الظالم حمل على المظلوم، كما لو أُخذ بقول الظالم دون قول المظلوم في مقدار مسروق سرقه هذا الظالم وأقر به بمقدار معين، فالحمل عليه أولى خصوصًا وقد ظهرت خيانته، كما أن في الحمل على المظلوم تكثيرًا لظلمه، فكان الظالم أحق بالحمل عليه.

تطبيقات القاعدة:

١- إذا أقر المنتهِب بالنهبة، لكن اختلف هو والمنتهَب منه في مقدارها، فالقول قول المنتهَب منه فيما يشبه أنه كان يملكه؛ لأن الظالم أحق أن يحمل عليه[1].

٢- إذا اعتُدي على عامل فمُنع من العمل بسبب جرح أصابه ممن اعتدى عليه، لزم الجاني الذي اعتدى عليه أن يعطيه أجيرًا يخدم في محله؛

---

(١) انظر: البيان والتحصيل ١١/٢٣٢، تبصرة الحكام ٢/٢٠٨، البهجة للتسولي ٢/٣٤٦، تهذيب الفروق للمالكي ٤/١٢٣، الكليات الفقهية لابن غازي ٢/٦٥٦.

لأنه عطله والجاني ظالم، والظالم أحق بالحمل عليه[١].

٣- من خطف شيئًا وهرب به، فعليه جميع ما أنفقه صاحبه في سبيل تحصيله، من أجرة انتقال أو مال يدفعه لمن يبحث عنه ونحو ذلك؛ لأن الظالم أحق أن يحمل عليه[٢].

٤- من ماطل غيره بدين حتى أحوجه إلى شكايته، وأنفق صاحب الدين في سبيل ذلك مالاً، من دفع رسوم لهذه الشكاية أو دفع أجرة محامٍ ونفقات انتقال وغير ذلك مما أنفقه في سبيل تحصيل دينه من ذلك المماطل - فإن ما غرمه كله يكون على المماطل؛ لأنه ظالم والظالم أحق أن يحمل عليه[٣].

كما أن الدائن إذا أثبت أنه قد تضرر تضررًا فعليًا من مماطلة المدين، كأن أدى هذا المطل إلى إخلال الدائن بالوفاء بما عليه من التزامات مؤجلة، ترتب عليها مثلاً بيع ماله بثمن بخس لأجل الوفاء بتلك الالتزامات، وهذا الضرر واقع حقيقة وليس متوقعًا أو مفترضًا، فالحكم على المدين المماطل حينئذ بالتعويض عن الضرر الناتج فعليًا من مطله وظلمه أمر لا يخرج عن أنظار المجتهدين[٤].

٥- الواجب في الجرح العمد القصاص بعد البرء ومعرفة الجرح وعمقه وسعته، ويتولى ذلك غير المجني عليه، وتكون أجرة مَن يقوم

(١) انظر: البهجة للتسولي ٣٥٥/٢، حاشية الرهوني على شرح الزرقاني لمختصر خليل ٢٣٣/٦.

(٢) انظر: النوازل الجديدة الكبرى للوزاني ١٩٧/٨.

(٣) انظر: فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ٢٤/٣٠.

(٤) الزمن في الديون وأحكامه الفقهية للخثلان ص ١٦، وأحال على بحوث في الاقتصاد الإسلامي لعبدالله بن منيع ص ٣، بيع التقسيط وأحكامه لسليمان التركي ص ٣٢٢.

بتحديد عمق الجرح وسعته على الجاني في ماله للقاعدة[١].

٦- مَن كان له قِبَل رجل دينٌ فجحده وأقر له سرًا فصالحه ثم ادعى عليه، فإن كان أشهد سرًا أني إنما أصالحه لأنه جحدني ولا أجد بينة، فإن وجدتُ قمتُ عليه، فذلك له إن أشهد بذلك قبل الصلح، والظالم أحق أن يحمل عليه[٢].

٧- إن ذهب من المجني عليه بصر أو سمع أو كلام بسبب جرح فيه القصاص بأن أوضحه مثلاً فذهب منه بعض ذلك اقتُصّ من الجاني بمثل جرحه بعد برء المجني عليه منه، وإن حصل للجاني مثل ما حصل للمجني عليه بأن ذهب منه مثل ما ذهب من المجني عليه فقط أو زاد الحاصل للجاني على ما حصل للمجني عليه بأن ذهب من المجني عليه بصره وذهب من الجاني بصره وسمعه مثلاً، فقد استوفى المجني عليه حقه والزائد من الله تعالى لا دخل للمجني عليه فيه؛ ولأن الجاني ظالم، والظالم أحق بأن يحمل عليه[٣].

٨- يرى المالكية أن يعزر الجاني على ما دون النفس عمدًا، سواء اقتص منه أم لم يقتص، والجاني وإن كان قد اقتص منه بمثل ما فعل في المجني عليه إلا أن هذا لا يمنع من تعزيره؛ لأنه ظالم، والظالم أحق أن يحمل عليه[٤].

٩- من غصب شيئًا وجب عليه أن يرده إلى صاحبه وإن كان بعيدًا،

(١) النوازل الجديدة الكبرى للوزاني ١٠/٢٠٢.

(٢) التاج والإكليل للمواق ٧/٥-٨٤، الجواهر الثمينة لابن شاس ٢/٦٤٠، تبصرة الحكام ٢/١٦٥.

(٣) منح الجليل ٩/٥٠.

(٤) انظر: مواهب الجليل ٦/٢٤٧، شرح الدردير ٤/٣٢٤.

لاسيما إذا كان موضع الغصب هو الموضع المعتاد لاستقرار تلك العين المغصوبة فيه أو كان يلزم المالكَ مؤنةٌ بردها إليه، وهكذا إذا طلب المالك ردها إليه إلى غير موضع الغصب وجب على الغاصب ذلك؛ لأن التحلل من المظلمة لا يكون إلا على الوجه الذي يرضى به المالك، والظالم أحق بالحمل عليه(١).

إبراهيم طنطاوي

* * *

(١) انظر: السيل الجرار ٣/٣٥٠.

رقم القاعدة: ٣٠٧

نص القاعدة: لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ[١].

صيغ أخرى للقاعدة :

١- العدوان لا يكسب المعتدي حقًا[٢].

٢- ليس لعرق ظالم نصيب[٣].

قواعد ذات علاقة :

١- رفع الظلم واجب على كل من قدر عليه[٤]. (أعم من القاعدة).

٢- الظلم يحرم تقريره[٥]. (أعم من القاعدة).

---

(١) وردت هذه القاعدة في جلّ كتب الفقه – وأصلها لفظ حديث نبوي كما سيأتي بيانه قريبًا - وقَلّ أن يخلو منها كتاب فقهي، فمن مصادر ورودها:
المبسوط للسرخسي ٢٩٦/٢٣، البحر الرائق ١٣٣/٨، حاشية ابن عابدين ٧١٢/١، الاستذكار ١٨٣/٧، البيان والتحصيل ٤٠١/٨، الذخيرة ١٥٠/٦، تفسير القرطبي ٣٢٨/٦، الحاوي ٢٩١/٦، مغني المحتاج ١٧٠/٤، أسنى المطالب ٤٤٥/٢، المغني ٣٦٤/٥، ٣٧٨، المبدع لابن مفلح ١١٧/٥، شرح منتهى الإرادات ٣٦٢/٢، المحلى ١٤٤/٨، ٤١/١١، الإحكام لابن حزم ٣٥٦/٧، التاج المذهب ٣٥٥/٣، السيل الجرار ٦٥٧/١.

(٢) شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٤٨٦، القواعد الفقهية للزرعي ص٧٧.

(٣) منظومة الفضفري في القواعد الفقهية ص ٦.

(٤) البهجة في شرح التحفة ٤٣/١، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٥) شرح الخاتمة ص ٥٣، حاشية ابن عابدين ٣٣١/٥، تنقيح الفتاوى الحامدية ٤٩٧/٣، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو ٣٢٦/٦، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

٣- لا حكم للباطل[١]. (أعم من القاعدة).

٤- لا يترك حق لباطل[٢]. (أعم من القاعدة).

٥- الظالم أحق أن يحمل عليه[٣]. (أخص من القاعدة).

٦- المغصوب مضمون على الغاصب[٤]. (أخص من القاعدة).

٧- الغاصب لا يملك المنافع[٥]. (أخص من القاعدة).

٨- الغاصب لا يملك المغصوب[٦]. (أخص من القاعدة).

شرح القاعدة:

هذه القاعدة هي نص حديث نبوي، أخرجه مالك والترمذي وأبو داود وغيرهم من حديث سعيد بن زيد، رضي الله عنه، قال: قال رسول الله ﷺ: «من أحيا أرضًا ميتة فهي له، وليس لعرق ظالم حق»[٧].

وهو من الأحاديث التي وردت على سبب، فقد روى أبو داود عقب روايته له عن عروة بن الزبير أنه قال: قال رجل من أصحاب رسول الله، ﷺ:«إن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ في أرض، غرَس أحدُهما فيها نخلاً، والأرضُ للآخر، فقضى رسول الله ﷺ بالأرض لصاحبها، وأمر صاحبَ النخل

(١) حاشية ابن عابدين ٦/٤٩٣، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٢) المغني لابن قدامة ٢/٢١٢، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٣) قواعد المقري ٢/٤٨٣، المدونة ٤/٦٣٩، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٤) المبسوط للسرخسي ٢١/١٧٩، وانظره في قسم الضوابط الفقهية بلفظ: "كل ما حدث في يد الغاصب مما ينتقص القيمة كان مضمونًا عليه".

(٥) المقاصد السنية للشعراني ص ٥٨.

(٦) المنثور ٢/١٢٠.

(٧) انظر: سنن أبي داود ٣/٥١٠ (٣٠٦٨)، وسنن الترمذي ٣/٦٦٢-٦٦٣ (١٣٧٨)، وسنن النسائي الكبرى ٥/٣٢٥ (٥٧٢٩)، وقال الترمذي: حديث حسن غريب.

أن يُخرِج نخلَه، وقال: «ليس لعرق ظالم حق»[١].

والمراد بالعِرْق في الحديث عرق الشجرة ونحوها مما يغرس أو يزرع في الأرض، وهو واحد العروق[٢]، وقد ذكر العلماء أن العروق أربعة؛ ظاهران وهما البناء والغرس، وباطنان في الأرض وهما الآبار والعيون، وقال بعضهم: المياه والمعادن[٣].

وقد رُوي قوله «لعرق» في الحديث الذي هو نص القاعدة - بالتنوين وبالإضافة؛ فأما رواية التنوين «لعرقٍ ظالم». فيكون الظلم فيها وصفًا للعرق نفسه، والمعنى: ليس للعرق الظالم حقّ في التملك، وهو راجع إلى صاحب العرق على حذف مضاف أي: ليس لذي عرقٍ ظالمٍ، وقد نقل ابن حجر أنها رواية الأكثرين، وهي التي رجحها مالك والشافعي والأزهري وابن فارس وغيرهم[٤].

وأما رواية الإضافة وعدم التنوين «لعرقِ ظالم». أي: ليس لعرقِ رجلٍ ظالمٍ، فيكون الظالم فيها هو صاحب العرق من غير تقدير.

ومعنى «ليس لعرق ظالم حق». أن يجيء الرجل إلى أرضٍ قد أحياها رجلٌ قبله فيغرس فيها غرسًا غصبًا ليستوجب به الأرض، فبين النبي ﷺ، أن هذا الفعل من فاعله لا يوجب له حقًا في الأرض، بل الأرض لمالكها، ومَن فعل هذا فهو ظالم، والظالم لا يستوجب ملكًا بفعله الذي هو ظالم فيه[٥]. أو أنه ليس لعرقِ شجرةٍ امتدّ إلى أرض أخرى من تحتها ونبَت حقٌّ قرارٍ، بل لصاحب تلك

---

(١) سنن أبي داود ٣/٥١٠ (٣٠٦٨).

(٢) انظر: النهاية لابن الأثير ٣/٤٤٥، ولسان العرب، مادة: (ع ر ق).

(٣) عمدة القاري للعيني ١٢/٢٤٦، مواهب الجليل للحطاب ٥/٢٧٤، جواهر العقود للمنهاجي ١/٢٣٨.

(٤) فتح الباري لابن حجر ٥/١٩.

(٥) انظر: النهاية لابن الأثير٣/٤٤٥، غريب الحديث لابن سلام ١/٢٩٥، فتح الباري لابن حجر٥/١٩.

الأرض تفريغ أرضه منه[١]، وسبب ورود الحديث يرجح المعنى الأول، وإن كان هذا المعنى الثاني يشمله اللفظ بعمومه أيضًا كما سيأتي توضيحه.

ومن التفسيرات الواردة عن السلف في معنى «عرق ظالم». قول هشام بن عروة أحد رواة هذا الحديث: «العرق الظالم أن يغرس الرجل في أرض غيره ليستحقها بذلك»[٢]، وقال ربيعة بن أبي عبد الرحمن: «العرق الظالم يكون ظاهرًا ويكون باطنًا، فالباطن ما احتفره الرجل من الآبار أو استخرجه من المعادن، والظاهر ما بناه أو غرسه». وقال غيره: «الظالم مَن غرس أو زرع أو بنى أو حفر في أرض غيره بغير حق ولا شبهة»[٣]، وقال مالك: «والعرق الظالم: كل ما احتفر أو أخذ أو غرس بغير حق»[٤].

والقاعدة وإن كانت واردة على سبب مخصوص - هو ما تقدم ذكره - فإن معناها أعم منه؛ لأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب كما تقرر القاعدة الأصولية، كما أن ورود كلمة العرق في لفظها لا يكون مقيِّدًا لمعناها؛ لأن العبرة للمعنى الذي أراده النبي عليه الصلاة والسلام، والفقهاء على مر العصور فهموا منها العموم أيضًا، ولم يقصرها أحد فيما نعلم على هذا المعنى الضيق الذي قد يفهم من لفظة «العرق»، ولذلك يقول ابن عبد البر: «ولم يختلفوا أن معنى قوله ﷺ «ليس لعرق ظالم حق». أنه الغرس في أرض غيرك، على هذا خرج اللفظ المقصود به إلى هذا المعنى، وكل ما كان مثله فله حكمه. ثم نقل قول مالك في تفسير العرق الظالم بأنه: كل ما أُخذ واحتكر واغترس في غير حق»[٥]، وكل هذا يؤكد ما ذكرناه من عموم معنى القاعدة، وعليه فإن

---

(١) انظر: طلبة الطلبة للنسفي ١/ ٣١٠.

(٢) رواه أبو داود في سننه ٣/ ٥١١ (٣٠٧٣).

(٣) فتح الباري لابن حجر ٥/ ١٩.

(٤) موطأ مالك ٢/ ٧٤٣ (٢٦).

(٥) الاستذكار لابن عبد البر ٧/ ١٨٥.

المراد منها أن الظالم لا يستحق شيئًا بفعله الذي هو ظالم فيه، وأن عدوانه على غيره لا يُكسبه حقًا في تملك ما لم يكن يملكه، وسواء في ذلك أكان ظلمه في أرض أم في غيرها، بل لا يلتفت إلى فعله هذا من جهة الاستحقاق، فوجوده وعدمه في ذلك سواء، وإن كان يلتفت إليه من جهة أخرى هي جهة الإثم والعقوبة، فإذا غصب إنسان عينًا ما فإنه لا يملكها، بل تظل باقية في ملك المغصوب منه، وكذلك منافعها لا تكون للغاصب لأنه ظالم بغصبه، فلا يستحق شيئًا لظلمه على ما تقرر القاعدة.

والقاعدة متسقة مع الأصول العامة القاضية بتحريم الظلم والتنفير منه وبيان عقوبته في الدنيا والآخرة، إذ من المنطقي أن لا يترتب تملك أو استحقاق على فعل هو ظلم من فاعله، وإلا فلو اعتُدّ بالفعل الظالم هذا فترتب عليه حق للظالم بسببه لكان في هذا تناقض تجلّ الشريعة عن مثله، ولذلك فالقاعدة تعد أحد فروع قاعدة: «رفع الظلم واجب على كل من قدر عليه» وقاعدة: «الظلم يحرم تقريره»؛ لأن في إعطاء الظالم الحق بفعله الظالم تقريرًا لهذا الظلم، وتعد فرعًا كذلك لقاعدة: «الظالم يستحق العقوبة شرعًا» لأن في منعه من تحصيل مقصوده بفعله الظالم عقوبةً له، كما تعد فرعًا لقاعدة: «لا يترك حق لباطل» لأن في ثبوت الحق للمعتدي بفعله الظالم تركًا لحق بفعل باطل، وقد تفرع عن القاعدةِ القاعدةُ المشهورة عند المالكية: «الظالم أحق أن يحمل عليه» لأن الداعي للحمل عليه هو أنه لا حق له فيحافظ عليه، كما أن من فروعها عدة ضوابط في باب الغصب تقضي بأن الغاصب لا يملك عين المغصوب، ولا يملك منافعه، وأنه مضمون في يده.

ومن أجل انضواء القاعدة تحت الأصول القطعية المحرمة للظلم فقد اتفق عليها أهل العلم، ولم يخالف فيها أحد، ولأنها لفظ حديث صحيح عن النبي ﷺ، وفي ذلك يقول ابن عبد البر: «والحديث صحيح عن النبي ﷺ وقد تلقاه

العلماء بالقبول»[١]. وقد تواردت على ذكرها واستعمالها كتب المذاهب الفقهية المختلفة، كما يتضح ذلك بالنظر إلى مصادر ورودها وإلى تطبيقاتها.

والقاعدة متسعة النطاق؛ لأنها شاملة لكل ما يقع فيه الظلم من التملكات والتصرفات مما يكون فيه وضع اليد بغير وجه حق، وقد أكثر العلماء من تطبيقاتها في باب الغصب باعتباره من أبرز أنواع الظلم.

أدلة القاعدة:

١- القاعدة لفظ حديث نبوي صحيح، ولذلك فهي حجة بنفسها.

٢- قوله عليه الصلاة والسلام: «من زرع في أرض قوم بغير إذنهم فليس له من الزرع شيء، وله نفقته»[٢].

فهذا الحديث تطبيق نبوي للقاعدة، حيث لم يجعل النبي ﷺ، لزارع الأرض بغير إذن أصحابها حقا فيما زرعه؛ لأنه ظالم بفعله هذا.

٣- قاعدة: «لا حكم للباطل» وأدلتها.

تطبيقات القاعدة:

١- كل ما أخذه الظالم من صاحبه ظلمًا وعدوانًا يجب عليه رده، ولا يكون له فيه حق وإن بقي في يده سنين، وما يكلفه الرد إلى صاحبه من أجرة نقل ونحوها تكون عليه؛ لأنه ليس لعرق ظالم حق[٣].

---

(١) الاستذكار لابن عبد البر ١٨٥/٧.

(٢) رواه أحمد ١٣٨/٢٥ (١٥٨٢١)، ٥٠٧/٢٨ (١٧٢٦٩)، وأبو داود ١٤٦/٤ (٣٣٩٦)، والترمذي ٦٤٨/٣(١٣٦٦)، وابن ماجه ٨٢٤/٢ (٢٤٦٦)، كلهم عن رافع بن خَديج بن رافع الأنصاري رضي الله عنه. وقال الترمذي: حسن غريب...وسألت محمد بن إسماعيل عن هذا الحديث فقال: هو حديث حسن.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ١٤٨/٧، البهجة في شرح التحفة ٣٤٥/٢، نهاية المحتاج ١٠٥/٥، كشاف القناع ٧٨/٤.

٢- من أحيا أرضًا ميتة فهي له، فمن نازعه فيها بعد أن أحياها فلا يمكّن من أخذها؛ لأنه بذلك ظالم، وقد قضى بذلك النبي ﷺ فقال: «من أحيا أرضا ميتة فهي له، وليس لعرق ظالم حق».

٣- من غصب أرضًا فبنى فيها بناء أو غرس شجرًا ونحوه فإنه يردها إلى صاحبها ويؤمر بقلع ما أحدثه فيها إن طالبه بذلك، ولا يكون فعله هذا موجبًا لتمليكه الأرض؛ لأن الغاصب ظالم بفعله هذا، فلا يكون له حق فيما غصبه؛ لأنه ليس لعرق ظالم حق[1]. وقد قضى النبي ﷺ بذلك حين اختصم إليه رجلان، غرس أحدهما نخلاً في أرض الآخر، فقضى لصاحب الأرض بأرضه، وأمر صاحب النخل أن يخرج نخله منها. وقد حكى ابن قدامة الإجماع على هذا[2].

٤- ذهب الجمهور إلى أن منافع المغصوب مضمونة على الغاصب؛ فإذا غصب إنسان دارًا مثلاً كان عليه ردها ودفع أجرتها مدة غصبها، وسواء في ذلك أكان منتفعًا بها بسكنى أو إكراء أم لم يكن منتفعًا بها، وكذلك القول فيما إذا زادت العين المغصوبة زيادة متصلة كما لو غصب شاة فسمنت، أو زيادة منفصلة كما لو غصبها فولدت عنده شاة أخرى، الكل في ذلك لصاحب العين، ولا يقال: إن العين المغصوبة مضمونة العين على الغاصب فيكون خراجها له؛ إذ الخراج بالضمان، كما ذهب إلى ذلك الحنفية[3]؛ وذلك لأن الغاصب ظالم، وليس لعرق ظالم حق، وقد ورد في السنة ما يؤكد ذلك، وهو ما

(١) انظر: الهداية ٣/٢، المنثور للزركشي ١٨٥/٢، التمهيد لابن عبد البر ٢٨٥/٢٢، تفسير القرطبي ٣٢٨/٦، مرآة المجلة ٤٨٣/١، نهاية المحتاج ١٨٣/٥، درر الحكام ٥١١/٢، البحر الزخار ١٨٤/٥، التاج المذهب في أحكام المذهب ٣٥٥/٣، شرح النيل ٥٤١/٨.

(٢) انظر: المغني ٣٧٨/٥.

(٣) انظر: حاشية ابن عابدين ١٢٠/٥.

رواه رافع بن خديج رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: «من زرع في أرض قوم بغير إذنهم فليس له من الزرع شيء وله نفقته»[١].

٥- إذا كان المعارُ أرضًا لم يكن للمستعير أن يغرس ولا يبني ولا يزرع بعد الوقت المقدر للعارية، فإن فعل شيئًا من ذلك لزمه قلع غرسه وبنائه؛ لقول النبي ﷺ: «ليس لعرق ظالم حق» وعليه أجر ما استوفاه من نفع الأرض على وجه العدوان، ويلزمه القلع وتسوية الحفر ونقص الأرض؛ لأنه عدوان[٢].

٦- إن اشترى رجل مبيعًا بثمن مؤجل أو ممن لا تُقبل شهادته له أو بأكثر من ثمنه حيلة، فأراد أن يبيعه تولية، وجب عليه أن يخبر المشتري، وإلا فللمشتري الخيار إن شاء أمسكه وإن شاء رده؛ وتعليل ذلك أن البائع غره وخدعه، وليس لعرق ظالم حق[٣].

٧- إن استأجر شخص من آخر عينًا فمنعه المؤجر كل المدة أو بعضها فلا شيء له من الأجرة؛ لأنه ظالم بذلك، وليس لعرق ظالم حق[٤].

٨- يحق للدولة التدخل في الملكيات غير المشروعة، كالملكية الحادثة بالسلب والقهر أو الاغتصاب، فترد الأموال بنمائها إلى أصحابها، ولا يكون للظالم فيها نصيب؛ لأنه ليس لعرق ظالم حق.

---

(١) الضمير في قوله: (وله نفقته) يعود على الزارع الغاصب، فيأخذ ما أنفقه من صاحب الأرض، ويذهب تعبه هدرًا بسبب ظلمه فتكون الثمرة لصاحب الأرض، كما هو نص الحديث.
وانظر: التمهيد لابن عبد البر ٢٨٥/٢٢، تفسير القرطبي ٣٢٨/٦، السيل الجرار ٦٥٧/١، سبل السلام ٧٢/٣، المحلى ١٤٤/٨، الإحكام لابن حزم ٣٥٦/٧، بداية المجتهد ٢٨٤/١، وبل الغمام، الشوكاني ٢٠٠/٢، تكملة البحر للطوري ١٣٣/٨.

(٢) المغني لابن قدامة ٣٦٤/٥، وانظر: الحاوي للماوردي ١٢٩/٧.

(٣) الشرح الممتع على زاد المستقنع ٣٣٥/٨.

(٤) الشرح الممتع على زاد المستقنع ٦٦/١٠.

٩- حقوق النشر والتأليف محترمة شرعًا يجب المحافظة عليها لأصحابها، ولا يحق لأحد التصرف فيها، ومن تصرف فيها تصرف الملاك كان ظالما وجازت مقاضاته لأنه ليس لعرق ظالم حق.

١٠- إذا غرس المشتري أو بنى في المبيع بعد الحكم بالشفعة، فحكمه حكم الغاصب، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم «ليس لعرق ظالم حق»(١).

إبراهيم طنطاوي

* * *

(١) البحر الزخار ١٧/٥.



رقم القاعدة: ٣٠٨

نص القاعدة: الْـمَطْلُ بِالْـحُقُوقِ الْـمَقْدُورِ عَلَيْهَا مَحْظُورٌ[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- المطل بالحق بعد طلبه مفسدة محرمة على من عملها[٢].

٢- مطل ذي الحق لحقه ظلم[٣].

٣- إنما الذنب المطل بالحقوق بعد تعيُّنها[٤].

٤- حق الإنسان يجب إيفاؤه عند طلبه[٥].

٥- حق الإنسان يوفى عند طلبه[٦].

٦- حق الإنسان قِبَلَ غيره واجب الإيفاء عند طلبه[٧].

---

(١) قواعد الأحكام ٢/٦٣.

(٢) المصدر نفسه ٢/٧٩.

(٣) المحلى ٧/٣٤٢. في لفظ: "القادر على أداء الحق ظالم بتأخيره" الحاوي الكبير ٩/٥٦٨. وفي لفظ: "من وجب عليه حق، وهو قادر على أدائه، وامتنع من أدائه فإنه يعاقب حتى يؤدي" مجموع الفتاوى ٣٠/٣٧ (بتصرف يسير). وفي لفظ آخر: "من امتنع من إيفاء حق مستحق عليه، لا تجري النيابة في إيفائه يحبس حتى يأتي به " المبسوط ٧/٤٠.

(٤) الذخيرة ٣/١٧٤.

(٥) بدائع الصنائع ٣/٣٥١.

(٦) بدائع الصنائع ٧/٢٨٩.

(٧) بدائع الصنائع ٦/٢٢٦.

٧- متى طولب الشخص بحقٍّ وَجَبَ عليه على الفور[١].

قواعد ذات علاقة:

١- الظلم يجب إعدامه، ويحرم تقريره[٢]. (دليل/أعم).

٢- الأصل رد الحقوق بأعيانها عند الإمكان[٣]. (متكاملة).

٣- إحياء الحقوق واجب ما أمكن[٤]. (متكاملة).

٤- الحقوق إذا تقرَّرت لأَربابها لا تسقط إلاَّ بما يصِحُّ به إسقاطها[٥]. (متكاملة).

٥- حقوق الآدمي المحضة لا تسقط بالأعذار[٦]. (متكاملة).

٦- الحق لا يسقط بتقادم الزمان[٧]. (متكاملة).

شرح القاعدة:

المَطْلُ لغة: التسويف بالدين والعِدة به، والمدافعة عن أداء الحق، وهو مشتق من مَطَلْتُ الْحَدِيدَةَ: إذا ضربتها ومددتها لتطول، ومنه يقال: مَطَلَه بدينه مَطْلاً، وماطَلَه مُمَاطَلَةً: إذا سوفه بوعد الوفاء مرة بعد أخرى[٨].

---

(١) الفروق ٤/١٧٤. وفي لفظ: " المبادرة تجب عند طلب ذي الحق حقه مع التمكن " أسنى المطالب ١/٢٩٧، نهاية المحتاج ٣/١٨، مغني المحتاج ١/٣٥٧، حاشية الجمل ٢/١٤١.

(٢) حاشية ابن عابدين ٥/٣٣١. وانظر قاعدة: "الظلم يحرم تقريره"، وقاعدة: "رفع الظلم واجب على كل من قدر عليه". في قسم القواعد الفقهية

(٣) قواعد الأحكام ١/١٨٠. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٤) تبيين الحقائق ٤/٢٤٠. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٥) المقدمات الممهدات ١/٥٣٨. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٦) التجريد للقدوري ٦/٣٠٧٠. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٧) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢٤٥. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٨) انظر: الصحاح، معجم مقاييس اللغة، القاموس المحيط، مادة "مطل".

والمطل في الاصطلاح: هو «تأخير ما استحق أداؤه بغير عذر»[١]. وقال النووي – رحمه الله تعالى: هو «منع قضاء ما استحق أداؤه»[٢].

والمراد بالحق في هذه القاعدة حق الإنسان، وهو ما تتعلق به مصلحة خاصة له مقررة بمقتضى الشريعة، ماليًا كان أم غير مالي[٣]، **وسواء كان الحق دينًا عليه، أو وديعة عنده، أو مال غصب، أو عارية، أو مالاً للمسلمين، أو كان الحق عملاً كتمكين المرأة زوجها من الاستمتاع بها، وعمل الأجير ما وجب عليه من المنفعة**[٤]. ونحوها. قال الحافظ ابن حجر – رحمه الله تعالى: «ويدخل في المطل كل من لزمه حق، كالزوج لزوجته، والحاكم لرعيته، وبالعكس»[٥].

والمراد بالمحظور هنا: المحظور شرعًا، وهو المحرَّم.

ومعنى القاعدة: أن منع الحقوق المشروعة عن أصحابها، أو تأخير إيفائها، بعد المطالبة بها، مع قدرة المكلف على الإيفاء أمر محرم محظور، معاقب عليه شرعًا.

ولا خلاف بين الفقهاء في أن الإنسان يجب عليه أن يوفي حق الغير فورًا بعد مطالبة صاحبه به، إن أمكنه ذلك وانتفى المانع، ولا يجوز له أن يماطل بالحقوق ويؤخرها، فإن فَعَلَ أَثِمَ، ثم إن كان من الحقوق التي يجري فيها التقاضي أخذ منه جبرًا بحكم القاضي. وإن كان من الأمانات صار مضمونًا. وهل يكون هكذا الحكم فيما لو لم يطالب ذو الحق بحقه؟ للفقهاء في ذلك خلاف وتفصيل[٦]، بعد اتفاقهم على أن ما كان سببه معصية وجب رده في الحال - إلا

---

(١) فتح الباري ٤/٤٦٥. وانظر: الأم ٥/٨٦، الكافي لابن قدامة ٣/١٢١، مجموع الفتاوى ٢٩/٢٧٨.
(٢) شرح النووي على صحيح مسلم ١٠/٢٢٧.
(٣) انظر: الموسوعة الفقهية ٢/٣٨١.
(٤) انظر: مجموع الفتاوى ٣٠/٣٨.
(٥) فتح الباري ٤/٤٦٦.
(٦) انظر: بدائع الصنائع ٧/٢٨٩، تبيين الحقائق ٦/١٤٢، المنثور ١/١٠٢ – ١٠٣، إحكام الأحكام ١/١٤٥، القواعد والفوائد الأصولية ص ١٨٢، الإنصاف ٥/١٣٥.

أن يبرئه منه صاحب الحق - مثل الغصب، والسرقة، والنهب، ونحوها[١]؛ لأنها من الفساد، والفساد يجب رفعه وإزالته متى أمكن.

والقاعدة التي بين أيدينا إنما تتعلق بحال المطالبة بالحقوق، كما يشعر به لفظ «مطل» فإن المطل لا يكون إلا بعد سبق الطلب[٢]، وهذا ما تؤكده أيضًا سائر صيغ القاعدة.

وبناءً على ما تقدم فإن معنى هذه القاعدة محل الاتفاق بين جميع الفقهاء، فإن الحق المعصوم والمحترم شرعًا يجب إيفاؤه، ولا يجوز تأخيره بعد طلب صاحبه، سواء أكان الطلب صراحة، أم وجد ما يقوم مقام الطلب دلالة، كحلول أجل الدين – مثلاً – أو أن يعلم حاجة صاحب الحق إليه[٣].

وهذه القاعدة حلقة من سلسلة القواعد التي تهدف إلى صيانة الحقوق المشروعة كافة، سواء كانت من الحقوق والالتزامات التي تنشأ بسبب العقود اللازمة بين الطرفين، كالبيع والإجارة والصلح وعقود الذمة وهي تشمل الأعيان الواجب تسليمها، والديون التي تكون في الذمم كبدل القرض وثمن المبيع والأجرة في الإجارة أو التي تنشأ نتيجة إنفاذ مال الغير. أو كانت من الأمانات التي تكون عند الملتزم، أو من الحقوق والالتزامات التكليفية الشرعية، كالنفقات الواجبة، ونحوها، فإن هذه الحقوق والالتزامات لا خلاف في وجوب الوفاء بها، والتخلف عن الوفاء بها بغير عذر – بعد المطالبة بها من قِبَل من له حق طلبها - يستوجب العقوبة الدنيوية والأخروية[٤].

---

(١) انظر: حاشية الرملي ١/٢٩٧، نهاية المحتاج ٣/١٨، فتاوى السبكي ١/٤٨.

(٢) انظر: مغني المحتاج ٢/١٥٧، إحكام الأحكام ١/١٤٥، الموسوعة الفقهية ٦/١٦٢.

(٣) انظر: حاشية الجمل ٣/٣٨٨، القواعد والفوائد الأصولية ص ١٨٢، الموسوعة الفقهية ٢٠/٢٩١.

(٤) انظر: الموسوعة الفقهية ٦/١٦٢.

أدلة القاعدة:

١- قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا﴾[النساء: ٥٨].

فالأمانات في هذه الآية الكريمة تعم جميع الأمانات، ومنها حقوق العباد بعضهم على بعض كالودائع وغير ذلك مما يأتمن بعضهم بعضًا عليه، وقد أجمعوا على أن الأمانات مردودة إلى أربابها، فمن لم يفعل ذلك في الدنيا أخذ منه ذلك يوم القيامة[١]. ومعلوم أن حكم الأمانات وجوب حفظها، ووجوب ردها، وبخاصة عند الطلب[٢].

٢- حديث أبي هريرة -رضي الله تعالى عنه- مرفوعًا: «مطل الغني ظلم»[٣].
هذا الحديث أصل لهذه القاعدة، قال ابن دقيق العيد - رحمه الله تعالى: «فيه دليل على تحريم المطل بالحق، ولا خلاف فيه مع القدرة بعد الطلب»[٤].

٣- عن عمرو بن الشريد، عن أبيه - رضي الله عنه، قال: قال رسول الله ﷺ: «لي الواجد[٥]. يحل عرضه وعقوبته»[٦].

هذا الحديث مثل سابقه يدل على تحريم المماطلة بالحقوق عند الطلب وجواز معاقبته بسبب ذلك.

---

(١) انظر: تفسير ابن كثير ٢/٣٣٨، تفسير القرطبي ٥/٢٥٦.
(٢) انظر: فتاوى السبكي ١/٤٨.
(٣) رواه البخاري ٣/٩٤ (٢٢٨٧) وفي مواضع أخر، ومسلم ٣/١١٩٧ (١٥٦٤) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.
(٤) إحكام الأحكام ١/١٤٥.
وقد فسر غير واحد الغني هنا بالقادر على الأداء. انظر: الكافي لابن قدامة ٣/١٢٢، مجموع الفتاوى ٣٠/٣٨.
(٥) اللي- بفتح اللم وتشديد الياء: المطل والتسويف. والواجد: الموسر الغني. انظر: التمهيد ١٨/٢٨٧، شرح النووي على صحيح مسلم ١٠/٢٢٧.
(٦) رواه أحمد ٢٩/٤٦٥ (١٧٩٤٦) ومواضع أخر، وأبو داود ٤/٢٣١ (٣٦٢٣)، والنسائي ٧/٣١٦ (٤٦٨٩) (٤٦٩٠)، وابن ماجه ٢/٨١١ (٢٤٢٧) وعلقه البخاري في صحيحه ٣/١١٨، كلهم من حديث الشريد بن سويد رضي الله عنه.

ويدل لها من المعقول أن في تأخير الإيفاء ظلمًا لصاحب الحق وإضرارًا به، وقد تقرر شرعًا أن «الضرر يزال» وأن «الظلم يجب إعدامه ولا يحل تقريره».

تطبيقات القاعدة :

١- يجب على ولي الأمر الإسراع في تقديم العون إلى المشمولين بالضمان الاجتماعي من الفقراء وذوي الحاجات لاسيما الإناث منهم؛ لأن هذا من حقوقهم، ولا يجوز تأخير إيفاء ذي الحق حقه في وقت استحقاقه له لاسيما إذا كان تأخير إيصال الحق لصاحبه يضره[١].

٢- الودائع تحت الطلب «الحسابات الجارية»، في البنوك، يلزم البنكَ شرعًا ردُّها إلى أصحابها عندما يطلبونها؛ لأنها قروض بالمنظور الفقهي، فلا يجوز تأخيرها بعد الطلب[٢].

٣- من كان عليه دين حالٌّ وكان مليئًا مقرًا بدينه، أو عليه بينة، وجب عليه أداء الدين حين طلبه[٣]. إذا كان قادرًا على أدائه؛ لأن التأخير حينئذ يكون مطلاً، والمطل بالحقوق المقدور عليها محظور[٤].

٤- إذا طلب الزوج زوجته إلى الفراش، وهي قادرة ويمكنها ذلك، فلا يجوز أن تؤخره، بل تبادر مباشرة بطاعته، وكذلك إذا طلبت الزوجة من زوجها نفقة البيت ونفقتها، وعنده مال، ويمكنه أن يعطيها مباشرة، فلا يجوز أن يقول: أعطيك غدًا أو بعد غد، ويؤخر عنها

---

(١) انظر: المفصل في أحكام المرأة ٤/٢٨٣.

(٢) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة (ع ٩، ١/٦٦٧)، القرار رقم ٨٦ (٣/٩).

(٣) انظر: تبيين الحقائق ٦/١٤٣، حاشية الدسوقي ٣/٢٨٠، شرح العمدة ٢/١٩١.

(٤) انظر: قواعد الأحكام ٢/٦٢ – ٦٣، معين الحكام ١/٩٩.

حقها؛ لأن المطل بالحق المقدور عليه ظلم[١].

٥- لو طلبت من تحققت فيها الشروط وليها بالنكاح من الكفء بمهر المثل، وجب عليه إنكاحها، ولا يجوز له عضلها، فإن أبى أجبره القاضي؛ لأن النكاح في هذه الصورة خالص حقها الشرعي[٢]، فلا يجوز حرمانها منه، بناء على هذه القاعدة.

٦- الوكيل يجب عليه رد ما قبضه بحكم الوكالة عند طلب الموكل باتفاق الفقهاء؛ لأنه أمانة بيده، والأمانات يجب ردها عند الطلب مع الإمكان، فإن ماطل كان ضامنًا[٣].

٧- من كانت عنده شهادة بحق من الحقوق وطلبه صاحبه بأدائها يجب عليه أن يؤديها عندئذٍ ولا يجوز له أن يكتمها أو يؤخرها؛ لأن الشهادة أمانة، فلزم الأداء عند الطلب[٤].

٨- لا يجوز تأخير حقوق العمال والأُجَرَاء والمماطلة بها بدون عذر، بناءً على موجب هذه القاعدة، وهو ما يؤكده أيضًا قوله ﷺ: «أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه»[٥].

---

(١) انظر: الأم ٨٦/٥، الحاوي ٥٦٨/٩، الكافي لابن قدامة ١٢١/٣.

(٢) انظر: المبسوط ١٢/٥.

(٣) انظر: الموسوعة الفقهية ٣٢٤/١١.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٢٨٢/٦، الوسيط ٤٥٤/٦، المغني ١٥٤/١٠، ١٦٢، الموسوعة الفقهية ٢١٧/٢٦.

(٥) رواه ابن ماجه ٨١٧/٢ (٢٤٤٣) من حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما، وهو مروي أيضًا من حديث أبي هريرة ومن حديث جابر، ومن حديث أنس. انظر: نصب الراية ١٢٩/٤، التلخيص الحبير ٥٩/٣، وقد حسنه البوصيري في مصباح الزجاجة ٥٢/٢. وفي صحيح البخاري ٨٢/٣-٨٣ (٢٢٢٧) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه: "قال الله تعالى: ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة... ورجل استأجر اجيرًا فاستوفى منه ولم يعط أجره".

استثناءات من القاعدة:

إذا كان في تأخير الحق مصلحة محققة، وفي إيفائه مفسدة وجب المصير إلى التأخير، كأن يكون سلاحًا يريد أن يقتل به شخصًا ظلمًا[1]؛ لأن درء المفسدة أولى من جلب المصلحة.

د. محمد خالد عبد الهادي هدايت

* * *

(١) انظر: حاشية ابن عابدين ٨/٣٣٤، الفتاوى الهندية ٤/٣٦١.

المجموعة الأولى: القواعد الفقهية الكبرى

الزمرة الخامسة: قاعدة: العادة محكمة، والقواعد المتفرعة عنها

رقم القاعدة: ٣٠٩

نص القاعدة: العَادَةُ مُحَكَّمَةٌ[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- العادة معمول بها شرعًا[٢].

٢- الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي[٣].

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص٨٩، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٩٣، غمز عيون البصائر للحموي ١/٢٩٥، مجلة الأحكام العدلية وشروحها، المادة ٣٦، التحبير شرح التحرير للمرداوي٨/٣٨٥١، الكوكب المنير شرح مختصر التحرير لابن النجار الفتوحي ٤/٤٤٨، غاية الوصول في شرح لب الأصول لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري ص١٥٦، جمع الجوامع مع شرح المحلي ٢/٣٩٩، ترتيب اللآلي لناظر زاده ٢/٨٢١، التحقيق الباهر لهبة الله أفندي ١/٤٢، الكليات الفقهية لابن غازي٢/٦٦٩، عمدة ذوي البصائر لبيرى زاده١/٣٨/ ب، إيضاح القواعد الفقهية للحجي ص٤٥، شرح القواعد الفقهية للزرقا ص٢١٥، حاشية ابن عابدين ٤/٤١٩، ٤٤٥، ٦/٤٢٣، فتح العلي المالك لعليش ٢/١٥٩، ٢٠٢، حاشية الصاوي على أقرب المسالك ٣/٤٦٧، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/٢، النوازل الجديدة الكبرى للوزاني ٨/٢٠٨، تحفة المحتاج للهيتمي ٨/٣١١، ٩/٢٠٦، نهاية المحتاج للرملي ٥/٢٨٦، ٧/١٩٤، الفتاوى الفقهية الكبرى لابن حجر الهيتمي ٢/٢٣١، ٣/٢٥٩، أصول المذهب الزيدي للسياغي ١/٣٥، شرح النيل لأطفيش ١٠/٧٦، ٢٥٥، القواعد والفوائد للعاملي ١/٤، العرف لأحمد أبو سنة، أثر العرف في التشريع الإسلامي للسيد صالح عوض، قاعدة العادة محكمة للباحسين، ووردت بلفظ: "العادة شريعة محكمة" في المصفى لابن الوزير ١/٤١٧.
ونود التأكيد على أن ما نراه من مراجع ومصادر لورود القاعدة بصيغتها المشهورة وبصيغها الأخرى لا يعبر عن حقيقة استكثار الفقهاء من استعمالهم لها، إذ معناها منتشر انتشارًا عظيمًا عندهم إلى جانب العديد من القواعد التي تفرعت عنها – وسيأتي ذكرها - ففيها معنى القاعدة لكن في نطاق خاص.

(٢) التحبير للمرداوي ٨/٣٨٥١، ووردت بلفظ: "العرف سنة محكوم بها" في البهجة للتسولي ١/٢٧٣.

(٣) المبسوط للسرخسي ١٣/١٤.

٣- الثابت بالعرف كالثابت بالنص[١].

٤- اعتبار العادة والرجوع إليها ثابت في الشرع[٢].

٥- الأحكام تدور مع الأعراف ومقاصد الناس[٣].

٦- يرجع إلى العرف والعادة[٤].

٧- الأحكام تجري على العادة[٥].

قواعد ذات علاقة :

أولاً : قواعد مقيِّدة.

١- إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت[٦].

٢- العرف إنَّما يعتبر إذا لم يخالف المنصوص[٧].

٣- العرف الذي تحمل عليه الألفاظ، إنما هو المقارن السابق دون المتأخر[٨].

---

(١) المبسوط للسرخسي ٩/ ٤.

(٢) المجموع المذهب في قواعد المذهب للعلائي ١/ ١٣٧ (بتصرف).

(٣) البهجة شرح التحفة للتسولي ٢/ ٦١، ووردت بلفظ: "الفقه يدور مع العادة والعرف" في النوازل الجديدة الكبرى للوزاني ٤/ ٣٤٦.

(٤) تصحيح الفروع للمرداوي ٦/ ٢٦٤، ووردت فيه أيضًا ٨/ ٣٨٥٧ بلفظ: "تعتبر العادة في الأحكام الشرعية".

(٥) عارضة الأحوذي لابن العربي ٦/ ٣١، ووردت بلفظ: "الأصل الجري على وفاق العادة " في حاشية الشلبي على تبين الحقائق ١/ ٦٤، ١٨٠.

(٦) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٩٤، حاشية ابن عابدين ٣/ ١٥٦، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٧) النوازل الكبرى للوزاني ١١/ ١٥٣. وفي لفظ: "العرف إنما يعتبر فيما لا نص بخلافه" المبسوط للسرخسي ١٤/ ١٣٦. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٨) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٦، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٠١، وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "العرف إنما يعتبر إذا كان مقارنًا لا لاحقًا ".

٤- العرف إنما يعتبر عند عدم التصريح بخلافه[١].

ثانيًا: قواعد متفرعة.

١- الأحكام المرتبة على العوائد تتبع العوائد وتتغير عند تغيرها[٢].

٢- مطلق الكلام محمول على المتعارف[٣].

٣- كل من له عرف يحمل كلامه على عرفه[٤].

٤- ما ورد في الشرع مطلقًا من غير تحديد، ولا حد له في اللغة ولا في الشريعة، يجب الرجوع فيه إلى العرف والعادة[٥].

٥- ما لا تقدير فيه شرعًا يرجع فيه إلى الوجود[٦].

٦- استعمال الناس حجة يجب العمل بها[٧].

٧- عُرف أهل بلد لا يلزم أهل بلد آخر إذا تخالفت أعرافهم[٨].

٨- النقل العرفي مقدم على اللغة[٩].

٩- المعروف بين التجار كالمشروط بينهم[١٠].

---

(١) المبسوط للسرخسي ٢٢٧/٤، ١٧٠/٨، ٣٦/٢٥، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٢) الفروق للقرافي ٥٨/٣، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٣) المبسوط ١٢٦/٦، ١٣٩/٨، حاشية ابن عابدين ٣١٠/٤، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٤) الفروق للقرافي ١٣٥/١، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٥) المغني لابن قدامة ١٨٩/١.

(٦) شرح منتهى الإرادات للبهوتي ١٩٣/٣، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٧) مجلة الأحكام العدلية، المادة ٣٧.

(٨) السيل الجرار للشوكاني ١١٨/٣، وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "المدار على العرف بحسب البلدان".

(٩) الفروق للقرافي ٣٢٠/١.

(١٠) مجلة الأحكام العدلية: م/٤٤، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

١٠- المعروف عرفًا كالمشروط شرطًا[١].

١١- مطلق الفعل محمول على ما هو المعتاد[٢].

١٢- قبض كل شيء بحسبه على ما جرت العادة فيه[٣].

١٣- العرف الخاص يؤثر كالعرف العام[٤].

١٤- العادة المطردة في ناحية تنزل منزلة الشرط[٥].

١٥- الإتلاف بالإذن العرفي منزل منزلة الإتلاف بالإذن اللفظي[٦].

١٦- الممتنع عادة كالممتنع حقيقة[٧].

١٧- ما يعاف في العادات يكره في العبادات[٨].

١٨- يعتبر في كل إقليم وفي كل عصر عرف أهله[٩].

١٩- مطلق الإذن ينصرف إلى المتعارف[١٠].

٢٠- كلام الناس يجري على إطلاقه حتى يقوم دليل التقييد[١١].

---

(١) مجلة الأحكام العدلية: م/٤٣، وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "العرف كالشرط".
(٢) انظرها: بلفظها في قسم القواعد الفقهية.
(٣) المصدر نفسه.
(٤) الفتاوى الفقهية الكبرى للهيتمي ٣/٣٦٧، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.
(٥) الفتاوى الفقهية للهيتمي ٤/٥٨، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.
(٦) انظرها: بلفظها في قسم القواعد الفقهية.
(٧) تبيين الحقائق للزيلعي ٥/١٠، حاشية ابن عابدين ٨/١٢٩، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.
(٨) القواعد للمقري ١/٢٣٣، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.
(٩) تبيين الحقائق للزيلعي ٤/٩٨، البحر الرائق لابن نجيم ٦/١٤٨.
(١٠) المبسوط للسرخسي ١١/١٤٥، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.
(١١) القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير للدكتور على الندوي ص ٤٩٢، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

٢١- مطلق العقد محمول على العادة[١].

٢٢- العادة والعرف يخصصان ما أبهمه المتعاقدان[٢].

٢٣- ما عده الناس بيعًا فهو بيع[٣].

٢٤- ينعقد النكاح بما عده الناس نكاحا[٤].

٢٥- مبنى الأيمان على العرف[٥].

ثالثًا: قواعد مكملة.

١- لا ينكر تغير الأحكام الاجتهادية بتغير الأزمان[٦].

٢- العادات الأصل فيها العفو فلا يحظر منها إلا ما حرمه الله[٧].

٣- العرف هل هو كشاهد أو شاهدين؟[٨].

شرح القاعدة:

«العادة». الاسم من الفعل الثلاثي «عاد». يَعُود عَوْدَة وعَوْدًا: إذا رجع، وتعوَّد الشيءَ وعاده وعاوده معاودة وعوادًا، واعتاده واستعاده وأعاده: أي صار

---

(١) البناية للعيني ٩/٤٣٢.

(٢) المعيار المعرب للونشريسي ٤/٨، ٩٢.

(٣) المجموع شرح المهذب للنووي ٩/١٥٤، وانظره في قسم الضوابط الفقهية بلفظ: "ينعقد البيع بما عده الناس بيعًا".

(٤) الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٤/٥٢٩، وانظره في قسم الضوابط الفقهية بلفظ: "ينعقد النكاح بما عده الناس نكاحًا بأي لغة ولفظ كان".

(٥) بدائع الصنائع للكاساني ٣/٣٨، المغني لابن قدامة ٧/٣٦٣.

(٦) تبيين الحقائق للزيلعي ١/١٤٠، مجلة الأحكام العدلية، مادة ٣٩، وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "تختلف الأحكام بحسب اختلاف الأزمان والأحوال".

(٧) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩/١٧، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٨) شرح اليواقيت الثمينة للسجلماسي ١/٧٥١، الكليات الفقهية لابن غازي ١/١٥٨.

عادةً له، ويدل معنى العَوْد على الاستمرار والتَّمادِي في شيء حتى يصير له سجية؛ فيقال للمواظب على الشيء: المُعاوِد، ومنه العِيد: وهو كلّ يومٍ مجمعٍ؛ لأنَّه يعود كلَّ عام، وجمع العادة: عادٌ وعادات وعوائد، وقد سُمّيت بذلك لأن صاحبها يعاودها أي يرجع إليها مرة بعد أخرى[١]. فمادة العادة - كما يقول الزركشي رحمه الله تعالى - «تقتضي تكرر الشيء وعوده تكرراً كثيراً يخرج عن كونه وقع بطريقة الاتفاق»[٢].

وقد وردت للعادة في اصطلاح الفقهاء تعريفات كثيرة؛ من أشهرها تعريف ابن أمير الحاج بأنها «الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية»[٣]، ومن ذلك ما نقله ابن نجيم الحنفي في أشباهه من أنها «عبارة عما يستقر في النفوس من الأمور المتكررة المقبولة عند الطباع السليمة»[٤]، وقد عرفها القرافي بأنها «غلبة معنى من المعاني على الناس»[٥].

ومعنى «محكّمة»: أي مقضيّ بها، اسم مفعول من الفعل «حكّم»، يقال: حكَّمه في الأمر تحكيمًا: أمره أن يحكم فاحتكم، وتحكَّم: جاز فيه حكمُه، والحُكْم: القضاء؛ حكَم عليه بالأمر حُكْما وحكومة وحكم بينهم، والحاكم:

---

(١) انظر: مقاييس اللغة لابن فارس، لسان العرب لابن منظور، المصباح المنير للفيومي، مادة (ع ود).

(٢) المنثور للزركشي ٢/٣٥٧.

(٣) التقرير والتحبير في شرح التحرير لابن أمير الحاج ١/٣٥٠، وقريب منه تعريف محمد أمين المعروف بأمير بادشاه: " الأمر المتكرر ولو من غير علاقة عقلية ". تيسير التحرير ١/٣١٧.

(٤) نقله في الأشباه والنظائر ص٩٣ عن الهندي في شرح المغني، ومثله قول ابن عابدين: " إن العادة مأخوذة من المعاودة، فهي بتكررها ومعاودتها مرة بعد أخرى صارت معروفة مستقرة في النفوس والعقول متلقاة بالقبول من غير علاقة ولا قرينة، حتى صارت حقيقة عرفية " نشر العرف لابن عابدين ص٣، وتعريف علي حيدر لها بقوله: " العادة هي الأمر الذي يتقرر بالنفوس ويكون مقبولاً عند ذوي الطباع السليمة بتكراره المرة بعد المرة " درر الحكام شرح مجلة الأحكام ١/٤٠، وعرفه الكفوي بقوله: "ما استمروا عليه عند حكم العقول، وعادوا له مرة بعد أخرى " الكليات ص٦١٧.

(٥) الذخيرة للقرافي ١/١٥١، وفي تبصرة الحكام لابن فرحون ٢/٦٨، ومعين الحكام للطرابلسي ٢/١٠٦ "العادة غلبة معنى من المعاني على جميع البلاد أو بعضها".

منفذ الحكم كالحَكَم[١]. وفي شرح المجلة لعلي حيدر: «ومعنى محكمة: أي هي المرجع عند النزاع»[٢].

هذه القاعدة إحدى القواعد الخمس الكبرى التي ترجع جميع مسائل الفقه إليها[٣]، ومعناها أن عادات الناس الجارية بينهم والتي تعارفوها في تعاملاتهم وشؤون حياتهم واطّراد سريانها بينهم أو بين طائفة منهم – معتبرةٌ ومرجوع إليها في أهلها إذا لم يرِد نصّ بخلافها؛ فيُقضى بها وتكون حاكمة على أقوال أصحابها وأفعالهم وسائر تصرفاتهم من نحو تفسير كلام مجمل، أو حصول اختلافٍ في عقد، أو تنازعٍ في حقّ، أو تقديرِ أمرٍ لم يرِد الشرع بتقديره، ونحو ذلك من أمور، وأن الواجب على الفقهاء والمفتين والمجتهدين مراعاتها وإعمالها – بشروطها وضوابطها الآتي ذكرها قريبًا - قبل إصدار أحكامهم وإلا خرجت مجانبة للصواب.

وقد ورد التعبير عن العادة بـ «العُرف». في عدد من الصيغ الأخرى للقاعدة، والعين والراء والفاء أصلان صحيحان، كما يقول ابن فارس في مقاييسه، «يدلّ أحدُهما على تتابع الشيء متصلاً بعضُه ببعض، والآخر على السكون والطمأنينة، فمن الأول عُرْف الفَرَس، والأصل الآخر المعَرِفة والعِرفان، تقول: عَرَف فلانٌ فلانًا عِرفانًا ومَعرِفة، وهذا أمر معروف، ومنه العَرْف وهي الرَّائحة الطيِّبة؛ لأن النَفس تسكُن إليها، ومنه العُرْف: وهو المعروف سمِّي بذلك لأنَّ النفوس تسكُن إليه»[٤].

وفي الاصطلاح هو كما عرفه النسفي في كتابه المستصفى – وتبعه من بعده الكثير من كتاب الفقه والأصول – «ما استقر في النفوس من جهة العقول،

---

(١) انظر: القاموس المحيط للفيروز آبادي، مادة (ح ك م).

(٢) درر الحكام لعلي حيدر ١/ ٤٠.

(٣) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص٧، ٨.

(٤) انظر: مقاييس اللغة لابن فارس، مادة (ع ر ف).

وتلقته الطباع السليمة بالقبول»[١]. وعرفه ابن عطية بأنه: «ما عرفته النفوس مما لا ترده الشريعة»[٢]، وقد عرفه مصطفى الزرقا بأنه: «عادة جمهور قوم في قول أو فعل»، ومن الملاحظ أن استعمال العرف في الاصطلاح يوافق الأصلين المذكورين لمعناه في اللغة؛ «ففيه تتابع أي متابعة بعض الناس بعضًا والاستمرارية على العمل، كما أن فيه طمأنينة النفس وارتياحها للأخذ به»[٣].

وقد جرينا على استخدام العادة والعرف بمعنى واحد في هذه القاعدة متابعين في ذلك لعدد من أهل العلم والباحثين الذين تكلموا عن كثير من مباحث القاعدة تحت عنوان العرف، وإن كان الملاحظ من حيث التدقيق أن العادة أعم من العرف؛ إذ العرف لا يكون إلا جماعيًا وأما العادة فإنها قد تكون فردية كعادة المرأة في الحيض مثلاً وقد تكون جماعية كما هو الأصل فيها، وقد اختلف العلماء والباحثون في العلاقة بين العرف والعادة على أقوال، ما ذكرناه هنا قولان منها، والقول الثالث: أن العرف أعم من العادة؛ فالعادة عرف عملي، بينما العرف يكون عمليًا كما يكون قوليًا، والقول الرابع: أنهما متباينان؛ فتختص العادة بالفعل، ويختص العرف بالقول[٤].

ومع أن مادة العادة تقتضي تكرر الشيء وعوده تكررًا كثيرًا يخرج عن كونه

---

(١) نقلاً عن العرف والعادة في رأي الفقهاء لأحمد فهمي أبو سنة ص ٨، وانظره مع تغيير طفيف غير معزو في الكليات للكفوي ص٦١٧، التعريفات للجرجاني ص١٩٣، الحدود الأنيقة لزكريا الأنصاري ص٧٢.

(٢) المحرر الوجيز لابن عطية ٢/٤٩١.

(٣) قاعدة العادة محكمة للباحسين ص٣٣.

(٤) انظر: هذا المبحث في: العرف والعادة في رأي الفقهاء لأحمد فهمي أبو سنة ص١٠ وما بعدها، أثر العرف في التشريع الإسلامي لصالح عوض ص٥٨ فما بعدها، المدخل الفقهي العام ٢/٨٤٣، قاعدة العادة محكمة للباحسين ص٤٩ فما بعدها.

وقع بطريقة الاتفاق إلا أن الأمر عند الفقهاء يختلف بحسب ذلك الشيء[١]. وقد تكلم العلماء على ما تثبت به العادة في كل باب من أبواب الفقه مما تجري فيه العادة وتحكّم[٢]، وهذا بلا شك هو المدخل لإعمال القاعدة؛ إذ القاعدة واردة على ما ثبتت فيه العادة ابتداء، ثم يأتي تحكيمها وإعمالها بعد ذلك، وهذا بيّن واضح، ولذلك صدّر السيوطي مباحث القاعدة بهذا المبحث فجعله المبحث الأول من مباحثها[٣].

وينبغي أن يُفرق بين العرف وبين مصطلحين آخرين يكثر استعمالهما في كلام الفقهاء والأصوليين، وهما مصطلح «الإجماع». ومصطلح «ما عليه العمل»:

فأما مصطلح «الإجماع». فهو خاص باتفاق مجتهدي الأمة، وأما العرف فليس خاصًا بالمجتهدين، ولا يكون الإجماع فاسدًا أو باطلاً وأما العرف فمن الجائز أن يكون فاسدًا - كما سيأتي - والإجماع إذا ثبت فإنه يكون حجة قطعية وأما العرف فلا إلزام فيه ما لم يكن مستندًا إلى دليل شرعي، وأيضًا فإن الإجماع إذا ثبت فإنه لا يتبدل ولا يتغير، وأما العرف فمن الجائز أن يتغير وأن يتبدل[٤].

وأما مصطلح «ما عليه العمل». ويقال له أيضًا «ما جرى عليه العمل». فهو الرأي الذي تستقر عليه فتوى العلماء ويلتزم القضاة به، فهو خاص بالعلماء بخلاف العرف الذي يشمل الناس عامتهم وعلماءهم، كما أنه خاص بالترجيح في مسائل مختلف فيها بخلاف العرف[٥].

---

(١) انظر: المنثور للزركشي ٢/٣٥٧.
(٢) انظر: المنثور للزركشي ٢/٣٥٧، الأشباه والنظائر للسيوطي ص٩٠.
(٣) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص٩٠.
(٤) انظر: قاعدة العادة محكمة للباحسين ص٥٢، ٥٣.
(٥) انظر: العرف لعادل قوتة ١/١٢٠.

والكلام على العرف والعادة مبحث من المباحث المشتركة بين الفقه والأصول فحيث كان الكلام في إعمال العرف في النصوص الشرعية من نحو تقييد مطلقها أو تخصيص عامها أو القول بخلاف ما دلت عليه لابتناء الحكم فيها على عرفٍ قد تغير ونحو ذلك من أمور - كان هذا وجهها الأصولي، وقد أورد الأصوليون «العرف». كدليل من الأدلة الشرعية المختلف فيها، وحصل بينهم خلاف في اعتباره أو عدم اعتباره دليلاً، وأما الوجه الفقهي لها فهو ما كان متعلقًا بكلام المكلفين وعقودهم وسائر تصرفاتهم مما لا يتعلق بالنصوص الشرعية، وهو المقصود من القاعدة التي بين أيدينا، وفيها بحث هذا الأمر.

وحتى تحكّم العادة وتكون صالحة للرد إليها فإنها **تتقيد بقيود ويشترط فيها شروط لا بد من توفرها**، فلا يصح إعمال القاعدة إذا تخلفت أو تخلف شيء منها، وهي:

١- أن تكون العادة مطردة أو غالبة:

فيعمل بالعادة إذا كان دورانها بين مَن اعتادوها مستمرًا بحيث لا تتخلف وإلا عدت مضطربة فلا تكون حينئذ محكمة، وفي هذا يقول السيوطي، رحمه الله: «إنما تعتبر العادة إذا اطردت فإن اضطربت فلا»[1]. ولا يؤثر في هذا الاطراد التخلف النادر؛ ويقرر هذا الشاطبي، رحمه الله تعالى، فيقول: «وإذا كانت العوائد معتبرة شرعًا فلا يقدح في اعتبارها انخراقها ما بقيت عادة على الجملة»[2]، ويذكره ابن نجيم بقوله: «إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت»[3]، فلو باعه شيئًا وأطلق نزل على النقد الغالب، فلو اضطربت العادة في البلد

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص٩٢، وانظر: المنثور للزركشي ٣٦١/٢.

(٢) الموافقات للشاطبي ٢٨٨/٢.

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٩٤.

وجب البيان[1]، ولو باع التاجر في السوق شيئًا بثمن ولم يصرحا بحلول ولا تأجيل وكان المتعارف فيما بينهم أن البائع يأخذ كل جمعة قدرًا معلومًا - انصرف إليه بلا بيان[2].

٢- ألا تخالف العادة دليلاً شرعيًا :

وقد عبرت عن هذا القيد القاعدة التي تنص على أن «العرف إنما يعتبر إذا لم يخالف المنصوص» فإن الواجب مع المخالفة هو تقديم الدليل الشرعي ولا عبرة بالعرف حينئذ، كما لو تعارف الناس على إجراء العقود الربوية أو تعاطي بعض المحرمات في مناسباتهم المختلفة، فإن هذه الأمور لا تعتبر ولا يحكم جريان عادة الناس بها؛ من أجل مخالفتها للدليل الشرعي.

٣- أن تكون العادة مقارنة لا سابقة قد تغيرت ولا لاحقة :

وقد عبرت قاعدة «العرف إنما يعتبر إذا كان مقارنًا لا لاحقًا» عن هذا الشرط من شروط تحكيم العادة، فإذا عقد العاقدان عقدًا وكان فيه إحالة على العرف كإطلاق نقد مثلاً وكان هناك عرفٌ قبله وتغيّر، أو جدّ عرفٌ بعد انقضاء العقد فإنهما لا يعتبران، وإنما تكون العبرة للعرف المقارن للعقد، وفي هذا يقول القرافي: «إذا وقع العقد في البيع فإن الثمن يحمل على العادة الحاضرة في النقد، وما يطرأ بعد ذلك من العوائد في النقود لا عبرة به في هذا البيع المتقدم، وكذلك النذر والإقرار والوصية إذا تأخرت العوائد عليها لا تعتبر، وإنما تعتبر من العوائد ما كان مقارنًا لها»[3]. لكن يلاحظ أن هذا القيد له مجال خاص عبر عنه الزركشي بقوله: «العادة إنما تقيد اللفظ المطلق إذا تعلق بإنشاء أمر في

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص٩٢.
(٢) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٩٤.
(٣) شرح تنقيح الفصول للقرافي ص٢٣٣.

الحال دون ما يقع إخباراً عن متقدم فلا يقيده العرف المتأخر»[١]. والمراد بـ«ما يقع إخباراً عن متقدم»: التعليق والإقرار والدعوى[٢]. وهذا كما لو أقر بدين متقدم مثلاً، فإن المحكّم إنما هو ما كان من العرف فاشيًا في وقت الدين دون المقارن لوقت الإقرار.

٤- أن لا يعارضَ العادةَ تصريحٌ بخلافها:

وقد عبرت عن هذا القيد القاعدة التي ذكرها السرخسي في مواضع من مبسوطه[٣]: «العرف إنما يعتبر عند عدم التصريح بخلافه» ومثّل لها بتقديم المائدة بين يدي الإنسان فإنه «يكون إذنًا له في التناول بطريق العرف، فإن قال له: لا تأكل. لم يكن ذلك إذنًا له»[٤].

٥- أن تكون العادة عامة أو أن تكون خاصة غير محصورة:

فالعرف العام هو الذي يكون فاشيًا في جميع البلاد بين جميع الناس في أمر من الأمور[٥]. وذلك كبيوع المعاطاة مثلاً، والعرف الخاص هو الذي يكون مخصوصًا ببلد أو مكان دون آخر، أو بين فئة من الناس دون أخرى[٦]، وذلك كتعارف أهل بلد ما على عرف يخصهم من بين سائر البلدان، وكتعارف أرباب الحِرَف والصناعات على أمور لا توجد عند غيرهم، وهذا العرف الخاص إنما يعمل به في أهله خاصة، وقد عبرت عن هذا المعنى قاعدة: «عرف أهل بلد لا يلزم أهل بلد آخر إذا تخالفت أعرافهم» وقاعدة: «كل مَن له عرف يحمل كلامه على عرفه»، والقاعدة الأخص منها: «المعروف بين التجار كالمشروط بينهم».

---

(١) المنثور للزركشي ١/٢٣٣.
(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص٩٦.
(٣) انظر: المبسوط للسرخسي ٤/٢٢٧، ٨/١٧٠، ٢٥/٣٦.
(٤) المبسوط للسرخسي ٤/٢٢٧.
(٥) المدخل الفقهي العام للزرقا ٢/٨٧٧.
(٦) المدخل الفقهي العام ٢/٨٧٨.

أما إذا كان العرف الخاص محصورًا فإنه لا يعتبر ولا يحكم، وذلك كأن تكون عادة لشخص واحد أو لأشخاص محصورين، كما لو تواضع تاجر في المعاملة على خلاف العرف العام في الأسواق، فمعاملته وإرادته الفردية لا تعبر إلا عن إرادة شخصية مقصورة عليه فقط، فلا عبرة بها «وكما لو كانت عادة امرأة في الحيض أقل مما استقر من عادات النساء، فإنها ترد إلى الغالب»[(١)].

وللعرف تقسيمات باعتبارات مختلفة، نذكر أهمها وأشهرها فيما يلي[(٢)]:

١- ينقسم العرف من حيث سببه إلى عرف قولي وعرف عملي:

فالعرف القولي كما عرفه ابن أمير حاج: «أن يتعارف قوم إطلاق لفظ لمعنى بحيث لا يتبادر عند سماعه إلا ذاك المعنى»[(٣)]. وذلك كإطلاق لفظة «الدابة». على ذات الحافر، وإطلاق لفظ «الولد». على الذكر دون الأنثى مع كونه صالحا لهما من حيث الوضع اللغوي، وأما العرف العملي فهو ما جرى عليه الناس وتعارفوه في معاملاتهم وتصرفاتهم، وذلك كالبيع بالمعاطاة من دون صيغة، وكتعارف الناس على تقسيط الأجور السنوية للعقارات على أقساط متعددة، ونحو ذلك مما لا يكون للقول فيه مدخل.

٢- ينقسم من حيث مَن يصدر عنه إلى عرف عام وعرف خاص، وقد سبق قريبًا بيان كل منهما، ومن العرف الخاص **العرف الشرعي** وهو اللفظ الذي استعمله الشرع مريدًا منه معنى خاصًا كالصلاة، والحج، والوقف وغيرها من الاصطلاحات الشرعية، ومع كونه من العرف الخاص «إلا أنهم أفردوه باسم لشرفه والتنويه به»[(٤)].

---

(١) انظر: المنثور للزركشي ٢/٣٨٨، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٥.

(٢) اعتمدنا في هذا المبحث على العرف والعادة في رأي الفقهاء لأحمد فهمي أبو سنة ص١٧ فما بعدها، وأثر العرف لصالح عوض ص٩٥ فما بعدها، قاعدة العادة محكمة للباحسين ص٣٦ فما بعدها.

(٣) التقرير والتحبير في شرح التحرير لابن أمير الحاج ١/٣٥٠.

(٤) العرف والعادة في رأي الفقهاء لأحمد فهمي أبو سنة ص ٢٠.

٣- ينقسم من حيث الاعتداد به أو عدم الاعتداد به إلى عرف صحيح وعرف فاسد :

فالعرف الصحيح هو المعتد به وهو ما لا يخالف قواعد الشريعة وتحققت فيه الشروط اللازمة لإعماله، وكل ما أورده الفقهاء معملين له ومعتبرين إياه فهو مثال له، وأما العرف الفاسد فهو غير المعتدّ به وهو ما كان مخالفًا لنص شرعي أو لقواعد الشريعة أو تخلفت فيه شروط العمل بالعرف أو أحدها، كتعارف الناس على بعض الصور المخالفة للشرع في العقود مما فيه ربا أو قمار أو غرر غير مغتفر، وكتعارف أقوام على حرمان المرأة من ميراثها أو جزء منه، ونحو ذلك من أمثلة اختل فيها بعض ما يلزم وجوده لاعتبار العرف والاعتداد به.

٤- ينقسم من حيث ثباته وتبدله إلى عرف ثابت وعرف متبدل :

فالعرف الثابت هو الذي لا يختلف باختلاف الأزمان والأماكن والأشخاص والأحوال لأنه يعود إلى طبيعة الإنسان وفطرته وغرائزه كشهوة الطعام والشراب والحزن والفرح، وأما العرف المتبدل فهو ما يختلف باختلاف العصور والبيئات والأحوال، كما في كشف الرأس مثلاً فقد كان في الماضي قبيحًا في البلاد الشرقية، وقد تغير هذا في كثير من الأماكن فلم يعد قبيحًا، ومنه ما يكون سبب اختلافه أمرًا طبيعيًا كاختلاف عادات النساء في مدة حيضهن وزمان معاودته.

وهناك بعض الأحكام المتعلقة بالعرف والعادة غير ما سبق ذكره منها نعرض لها فيما يلي على جهة الاختصار :

أولاً : حكم تعارض العرف مع غيره، فمن ذلك إذا تعارض العرف مع أصل الوضع اللغوي، كما لو حلف أن لا يأكل خبزًا فهل يحنث بأكل خبز الأرز وإن كان من قوم لا يتعارفون ذلك، لإطلاق الاسم عليه لغة؟ أو حلف لا يأكل

البيض أو الرؤوس، فهل يحنث ببيض السمك والجراد ورؤوس العصافير والحيتان؟ ذهب الجمهور إلى تقديم العرف على اللغة خلافًا للشافعية في أصح الوجهين عندهم، وقد سيقت بعض القواعد المتفرعة عن قاعدة العادة معبرة عن هذا، كما في قاعدة: «مطلق الكلام محمول على المتعارف» وقاعدة: «العرف العام مقدم على اللغة».

ومن ذلك إذا تعارض العرف العام والعرف الخاص، والذي تدل عليه الفروع الفقهية لجمهور العلماء هو تقديم العرف الخاص، وللشافعية وجهان أصحهما تقديم العرف الخاص إن كان غير محصور، كما لو جرت عادة قوم بحفظ زرعهم ليلاً ومواشيهم نهارًا، وقد تولت بعض القواعد المتفرعة تفصيل هذا الأمر، كما في قاعدة: «العرف الخاص يؤثر كالعرف العام» وقاعدة: «العادة المطردة في ناحية تنزل منزلة الشرط».

ثانيًا: الأحكام المرتبة على العوائد تتبع العوائد وتتغير عند تغيرها، «وجريُ الأحكام التي مدركها العوائد مع تغيير تلك العوائد خلاف الإجماع وجهالة في الدين، بل كل ما هو في الشريعة يتبع العوائد يتغير الحكم فيه عند تغير العادة إلى ما تقتضيه العادة المتجددة»[١]. وتغير العادات والأعراف هي الرافد الأكبر لقاعدة «لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان»، ومن الأمثلة الواضحة في ذلك مسألة قبض الصداق بعد الدخول، فقد رُوِى عن الإمام مالك، رحمه الله تعالى، أنه إذا تنازع الزوجان في قبض الصداق بعد الدخول فالقول قول الزوج، مع أن الأصل عدم القبض؛ عملاً بما كان عليه السلف من تقديم المهر على الدخول، قال القاضي إسماعيل: «هذه كانت عادتهم بالمدينة أن الرجل لا يدخل بامرأته حتى تقبض جميع صداقها، واليوم عادة المدينة

---

(١) تبصرة الحكام لابن فرحون ٢/٧٣، معين الحكام للطرابلسي ٢/١١٠.

خلاف ذلك، فالقول قول المرأة مع يمينها لأجل اختلاف العوائد»[١]، وأما الآن فالعادة الجارية في كثير من البلدان هي تقسيم الصداق إلى معجل ومؤجل، ويكون المؤجل هو الجزء الأكبر منه، ويحل أجله عند الفرقة بالطلاق أو الموت، فينبغي تحكيم هذه العادة الجديدة في زماننا، ويترتب على هذه القضية النقطة التالية:

ثالثًا: ينبغي على المفتي والقاضي مراعاة الأعراف المتغيرة وألا يجمدا على ما في كتب أئمة المذاهب التي ربما يفتون أو يقضون بها؛ إذ ربما يكون الحكم الموجود في هذه الكتب مبنيًا على عرف قد تغير الآن أو على عرف خاص ببلد صاحب الكتاب أو قومه، وتكون عادة غيرهم بخلافها؛ وفي هذا يقول ابن القيم، رحمه الله تعالى: «مهما تجدد في العرف فاعتبره، ومهما سقط فألغه ولا تجمد على المنقول في الكتب طول عمرك، بل إذا جاءك رجل من غير إقليمك يستفتيك فلا تجرِه على عرف بلدك وسله عن عرف بلده فأجره عليه وأفته به دون عرف بلدك والمذكور في كتبك»[٢]، ويقول ابن عابدين، رحمه الله: «ولهذا قالوا في شروط الاجتهاد أنه لابد فيه من معرفة عادات الناس، فكثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان لتغيّر عرف أهله أو لحدوث ضرورة أو فساد أهل الزمان بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه أولا للزم منه المشقة والضرر بالناس ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ودفع الضرر والفساد لبقاء العالم على أتم نظام وأحسن أحكام، ولهذا ترى مشايخ المذاهب خالفوا ما نصَّ عليه المجتهد في مواضع كثيرة بناها على ما كان في زمنه لعلمهم بأنه لو كان في زمانهم لقال بما قالوا به أخذًا من قواعد مذهبه»[٣]. ومن هنا جاءت القاعدة الأصولية: «يفتى في كل بلد بحسب عرف أهله».

---

(١) تبصرة الحكام ٢/ ٧٤، ٧٥.

(٢) إعلام الموقعين لابن القيم ٣/ ٧٨.

(٣) رسائل ابن عابدين ٢/ ١٢٥.

رابعًا: «ما ورد في الشرع مطلقًا من غير تحديد ولا حد له في اللغة ولا في الشريعة، يجب الرجوع فيه إلى العرف والعادة» كما نطقت بذلك إحدى القواعد المتفرعة عن القاعدة التي بين أيدينا، وذلك كالقبض والحرز في السرقة والتفرق في البيع ووقت الحيض وتقدير نفقة الزوجات وأمثال ذلك مما لم يحدده الشرع بل ترك تقديره إلى ما يتعارفه الناس فيما بينهم.

خامسًا: من تحكيم العرف والرجوع إليه أن ينزّل منزلة الشرط في العقود الجارية بين الناس وإن لم يُنصّ عليه، وقد نصت بعض متفرعات القاعدة على أن «المعروف عرفًا كالمشروط شرطًا» فإذا جرى العرف على أن يكون الثمن في بيع معين مقسطًا انصرف البيع إليه وإن لم يذكر ذلك في العقد، وكذا ما تعارفه الناس من أخذ الموظفين والأجراء لعطلات في أيام معينة الواجب اعتباره وإن ترك التعرض له عند إبرام عقد الإجارة؛ مراعاة لهذه القاعدة.

والقاعدة – كما سبق – إحدى القواعد الفقهية الكبرى، فهي حاضرة في كل باب من أبواب الفقه ولها عمل واضح في كل مجال من مجالاته، ولهذا يقول السيوطي، رحمه الله تعالى: «اعتبار العادة والعرف رُجع إليه في الفقه في مسائل لا تُعدّ كثرة» ثم راح يعدد العشرات من تلك المسائل[١]، ويحدد ابن حجر العسقلاني أشهر مجالاتها فيقول: «فمنها الرجوع إلى العرف في معرفة أسباب الأحكام من الصفات الإضافية كصغر ضبة الفضة وكبرها وغالب الكثافة في اللحية ونادرها وقرب منزله وبعده، وكثرة فعل أو كلام وقلته في الصلاة ومقابلاً بعوض في البيع وعينًا وثمن مثل ومهر مثل وكفء نكاح ومؤنة ونفقة وكسوة وسكنى وما يليق بحال الشخص من ذلك، ومنها **الرجوع إليه في المقادير** كالحيض والطهر وأكثر مدة الحمل وسن اليأس، ومنها **الرجوع إليه في**

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص٩٠.

فعل غير منضبط يترتب عليه الأحكام كإحياء الموات والإذن في الضيافة ودخول بيت قريب وتبسط مع صديق وما يعد قبضًا وإيداعًا وهدية وغصبًا وحفظ وديعة وانتفاعًا بعارية، ومنها **الرجوع إليه في أمر مخصص** كألفاظ الأيمان وفي الوقف والوصية والتفويض ومقادير المكاييل والموازين والنقود وغير ذلك»[١]، ويلاحظ أن حضورها في أبواب العبادات أقل بكثير من استعمالها في أبواب المعاملات، وقد حاول بعض المعاصرين التدقيق في تحديد مجال القاعدة وأفاض في ذلك فأجاد[٢].

والقاعدة متفق عليها بين أهل العلم، وقد استعملها الفقهاء على اختلاف مذاهبهم وخرّجوا عليها عشرات الفروع الفقهية في شتى أبواب الفقه، وقد قال العلائي، رحمه الله تعالى، بعد أن ساق عددًا غير قليل من أدلتها: «فهذه الأدلة بمجموعها تفيد القطع باعتبار العادة وترتيب الأحكام الشرعية عليها»[٣]، مع ملاحظة أن الفقهاء رغم اتفاقهم على القول بها يختلفون في فروع فقهية مندرجة تحت موضوعها كما هو الشأن في سائر القواعد الفقهية وتطبيقها على الأحكام الجزئية، كما يلاحظ أن المذهبين الحنفي والمالكي أكثر أخذًا به من غيرهما من المذاهب، والفقه المالكي – كما يقول الشيخ محمد أبو زهرة «أوغل في احترامه أكثر من المذهب الحنفي؛ لأن المصالح دعامة الفقه المالكي في الاستدلال، ولاشك أن مراعاة العرف الذي لا فساد فيه ضرب من ضروب المصلحة التي لا يصح أن يتركه الفقيه»[٤]، غير أن ابن حزم الظاهري كان له رأي مخالف في الأخذ بالعرف حيث نص على مذهبه فيه بوضوح حين قال: «ولا عرف إلا ما

---

(١) فتح الباري لابن حجر ٤/٤٠٦.

(٢) انظر: قاعدة العادة محكمة للباحسين ص١٣٣- ١٦٨.

(٣) المجموع المذهب في قواعد المذهب للعلائي ١/١٤٠.

(٤) مالك لمحمد أبي زهرة ص ٤٢٠، وانظر: تأييدًا لقوله العديد من النصوص في كتاب: العرف والعمل في المذهب المالكي لعبد الكريم الجيدي ص ٨٣.

بين الله تعالى نصًا أنه عرف، وأما عرف الناس فيما بينهم فلا حكم له ولا معنى، وما عرف الناس مذ نشؤوا إلا الظلم والمكوس»[١]. ومع هذا التصريح إلا أن ابن حزم لم يستطع الفكاك من سلطان العرف فنجده يعمله أحيانًا، كما في تعليله لبعض مسائل الأيمان بقوله: «لأن المنظور إليه في الأيمان ما تعارفه أهل تلك اللغة في كلامهم الذي به حلف وعليه حلف فقط»[٢].

أدلة القاعدة:

أولاً- الأدلة من القرآن الكريم:

١- قول الله تعالى: ﴿ خُذِ ٱلْعَفْوَ وَأْمُرْ بِٱلْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ ٱلْجَٰهِلِينَ ﴾ [الأعراف - ١٩٩].

استدل بعض أهل العلم بهذه الآية الكريمة على اعتبار العرف، وكأنه فسره بالعرف الاصطلاحي؛ وأشهر هؤلاء الإمام القرافي، رحمه الله تعالى؛ فإنه قال في حديثه عن اختلاف الزوجين في متاع البيت: «فكل ما شهدت به العادة قضي به؛ لظاهر هذه الآية»[٣]، ومنهم ابن القيم، رحمه الله، في بعض المواضع من كتبه[٤]، هذا والمشهور أن المراد بالعرف في الآية إنما هو المعروف وهو أفعال الخير، كما نص عليه غير واحد من أهل العلم[٥].

٢- قوله سبحانه وتعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لِيَسْتَـْٔذِنكُمُ ٱلَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ وَٱلَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُواْ ٱلْحُلُمَ مِنكُمْ ثَلَٰثَ مَرَّٰتٍ مِّن قَبْلِ صَلَوٰةِ ٱلْفَجْرِ وَحِينَ تَضَعُونَ ثِيَابَكُم مِّنَ ٱلظَّهِيرَةِ وَمِنۢ بَعْدِ صَلَوٰةِ ٱلْعِشَآءِ ﴾ [النور - ٥٨] يقول العلائي، رحمه الله تعالى،

---

(١) الإحكام لابن حزم ٣٩٨/٧.
(٢) المحلى لابن حزم ٦٠/٨.
(٣) الفروق للقرافي ٢٧٦/٣، وانظر: معين الحكام للطرابلسي ١٠٦/٢، والبهجة للتسولي ٤٨/١.
(٤) انظر: الطرق الحكمية لابن القيم ص ١٦٨، إغاثة اللهفان له ص ٥٩.
(٥) انظر: تفسير الآية الكريمة في تفسير ابن كثير ٥٣٢/٣.

مبينًا وجه الدلالة من الآية: «فأمر الله تعالى بالاستئذان في هذه الأوقات التي جرت العادة فيها بالابتذال ووضع الثياب، فانبنى الحكم الشرعي على ما كانوا يعتادونه»[١].

٣- قول الله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة - ٢٣٣].

يقول الجصاص، رحمه الله تعالى، مستدلاً بهذه الآية: «فإذا اشتطت المرأة وطلبت من النفقة أكثر من المعتاد المتعارف لمثلها لم تعط، وكذلك إذا قصر الزوج عن مقدار نفقة مثلها في العرف والعادة لم يحل ذلك وأجبر على نفقة مثلها»[٢]. وكل «ما تكرر من لفظ المعروف في القرآن فالمراد ما يتعارفه الناس من مثل ذلك الأمر»[٣].

٤- قوله تعالى في كفارة اليمين: ﴿فَكَفَّٰرَتُهُۥٓ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَٰكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ﴾ [المائدة - ٨٩].

يقول ابن العربي، رحمه الله تعالى: «المسألة الرابعة في تقدير الإنفاق؛ قد بينا أنه ليس له تقدير شرعي وإنما أحاله الله سبحانه على العادة، وهي دليل أصولي بنى الله عليه الأحكام وربط به الحلال والحرام، وقد أحاله الله على العادة فيه في الكفارة فقال: ﴿فَكَفَّٰرَتُهُۥٓ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَٰكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ﴾ وقال: ﴿فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا﴾»[٤].

---

(١) المجموع المذهب في قواعد المذهب للعلائي ١/١٣٨، وانظر: التحبير شرح التحرير للمرداوي ٨/٣٨٥٣.

(٢) أحكام القرآن للجصاص ٢/١٠٥.

(٣) التحبير شرح التحرير للمرداوي ٨/٣٨٥٣.

(٤) أحكام القرآن لابن العربي ٤/٢٨٩.

ثانيًا- الأدلة من السنة النبوية :

١- ما روي عن النبي ﷺ، أنه قال: «ما رآه المسلمون حسنًا فهو عند الله حسن»[١]. ففي الحديث تقرير للعمل بما يراه المسلمون، والعرف المطرد داخل في معنى هذه العبارة؛ يقول الكمال ابن الهمام، رحمه الله تعالى: «العرف إنما صار حجة بالنص وهو قوله ﷺ: «ما رآه المسلمون حسنًا فهو عند الله حسن»».

٢- عن عائشة، رضي الله عنه، أن رسول الله ﷺ قال: «من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد»[٢].

يقول العلائي عن هذا الحديث: «فإنه دليل على اعتبار ما المسلمون عليه، إما من جهة الأمر الشرعي أو من جهة العادة المستقرة؛ فإن عموم قوله: «ليس عليه أمرنا». شمله»[٣].

٣- عن محيصة، رضي الله عنه، أن ناقة للبراء بن عازب دخلت حائط رجل فأفسدته عليهم، فقضى رسول الله ﷺ «أن على أهل الأموال حفظها بالنهار وعلى أهل المواشي حفظها بالليل»[٤].

---

(١) هذا الحديث ذكره البعض مرفوعًا إلى النبي ﷺ، كأبي المظفر السمعاني في قواطع الأدلة ص٤٦٧، والماوردي في الحاوي ٤٦٢/٨، ١٦٣/١٦، والسرخسي في المبسوط ٤٥/١٢، والغزالي في المستصفى ١٧٢/١، والرازي في المحصول ٣١/٣، وغير هؤلاء كثير.
والذي في كتب الحديث وكلام أهل العلم به أنه موقوف على ابن مسعود، رضي الله عنه. قال العلائي في المجموع المذهب ١٣٨/١: "لم أجده مرفوعًا في شيء من كتب الحديث أصلاً ولا بسند ضعيف بعد طول البحث عنه وكثرة الكشف والسؤال، وإنما هو من قول عبدالله بن مسعود موقوفًا عليه".
وانظره موقوفًا عليه في: مسند أحمد ٨٤/٦ (٣٦٠٠)، والبزار ٢١٢/٥-٢١٣ (١٨١٦)، والطبراني في المعجم الكبير ١١٢/٩-١١٣ (٨٥٨٣)، كلهم عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه، وقال الهيثمي في مجمع الزوائد ١٧٧/١-١٧٨ رواه أحمد والبزار والطبراني في الكبير ورجاله موثقون.

(٢) رواه البخاري ١٨٤/٣ (٢٦٩٧)، ومسلم ١٣٤٣/٣- ١٣٤٤ (١٧١٨)/(١٨) واللفظ له عن أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها.

(٣) المجموع المذهب في قواعد المذهب ١٤٠/١، وانظر: التحبير شرح التحرير للمرداوي ٣٨٥٣/٨.

(٤) رواه أبو داود ٢٠٥/٤-٢٠٦ (٣٥٦٥)، والنسائي في الكبرى ٣٣٤/٥ (٥٧٥٢)(٥٧٥٣)، وابن ماجه ٧٨١/٢ (٢٣٣٢)، وأحمد ٥٦٨/٣٠ (١٨٦٠٦)، كلهم عن البراء بن عازب رضي الله عنه.

يقول العلائي عن هذا الحديث: «هو أدل شيء على اعتبار العادة في الأحكام الشرعية وبنائها عليها؛ لأن عادة الناس إرسال مواشيهم بالنهار للرعي وحبسها بالليل للمبيت، وعادة أهل البساتين أو المزارع الكون في أموالهم بالنهار غالبًا دون الليل، فبنى النبي ﷺ، التضمين على ما جرت به عادتهم»[١].

٤- عن عائشة رضي الله عنها أن هند بنت عتبة قالت: «يا رسول الله، إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم»، فقال: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»[٢].

قال ابن بطال: «ومما يدل على أن العرف سنة جارية قوله - عليه السلام - لهند: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف» فأطلق لها أن تأخذ من متاع زوجها ما تعلم أن نفسه تطيب لها بمثله، وكذلك أطلق الله لولى اليتيم أن يأكل من ماله بالمعروف[٣]. ويذكر العيني أنه «يدل على أن العرف عمل جارٍ»[٤].

٥- عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «المكيال مكيال أهل المدينة، والوزن وزن أهل مكة»[٥].

وذلك «أن أهل المدينة لما كانوا أهل نخل وزرع اعتبرت عادتهم في مقدار الكيل، وأهل مكة كانوا أهل متاجر فاعتبرت عادتهم في الوزن، والمراد بذلك فيما يتقدر شرعًا كنصب الزكوات، ومقدار الديات، وزكاة الفطر والكفارات ونحو ذلك»[٦].

(١) المجموع المذهب في قواعد المذهب ١/١٤٠.
(٢) رواه البخاري ٧/٦٥-٦٦ (٥٣٦٤).
(٣) شرح صحيح البخاري لابن بطال ٦/٣٣٤.
(٤) عمدة القاري شرح صحيح البخاري ١٢/١٧.
(٥) رواه أبو داود وغيره.
(٦) المجموع المذهب في قواعد المذهب للعلائي ١/١٤٠، وانظر: التحبير للمرداوي ٨/٣٨٥٥.

تطبيقات القاعدة :

١- تبطل الصلاة بالعمل الكثير فيها باتفاق الفقهاء، وقد ذهبت الشافعية والحنابلة إلى أن المرجع في تحديد الكثير إلى العرف، فما رآه الناس كثيرًا فهو الكثير، وإلا لم يُعدّ كثيرًا[١].

٢- يجوز للضيف أن يأكل من الطعام المقدم أمامه ضيافة وإن لم يأذن له المضيف في ذلك باللفظ؛ لجريان العرف بين الناس بذلك[٢].

٣- تنعقد العقود بكل ما دل عليها من ألفاظ، ولا يشترط لها ألفاظ بعينها، بل كل ما تعارف الناس على اعتباره معبرًا عن عقد معين فإنه يعتبر، ولو كانت الألفاظ المستخدمة عامية تخالف اللغة الفصحى، ومثل هذا كل ما تفيده أساليبهم من تعليق أو تنجيز أو إذن أو إجازة أو غير ذلك[٣].

٤- لو كان هناك عرف متبع على أن تكون رسوم تسجيل العقد أو مصاريف شحن البضاعة على البائع ثم تغير العرف وأصبح ذلك على المشتري فالعبرة فيما يستجد من معاملات بالعرف المتأخر[٤]، وإذا كان المتعارف فيما يباع محمولاً على السيارة الشاحنة كالحطب والفحم وغيرهما أن تكون أجرة نقله وإيصاله إلى بيت المشتري على البائع ثم تغير العرف بعد العقد أن الأجرة على المشتري، فلا عبرة بالعرف الحادث[٥].

---

(١) انظر: مغني المحتاج للشربيني ١/١٩٨، كشاف القناع للبهوتي ١/٣٧٧.

(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٠، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٩٤.

(٣) انظر: المدخل الفقهي العام للزرقا ٢/٨٥٦.

(٤) انظر: عقد البيع للزرقا ص ١١٣.

(٥) انظر: درر الحكام لعلي حيدر ١/٢٧٢.

٥- يعد القيد المصرفي لمبلغ من المال في حساب العميل قبضًا حكمًا لجريان العرف بذلك، كما في الحالات التالية: أ - إذا أودع في حساب العميل مبلغ من المال مباشرة أو بحوالة مصرفية. ب - إذا عقد العميل عقد صرف ناجز بينه وبين المصرف في حال شراء عملة بعملة أخرى لحساب العميل. ج - إذا اقتطع المصرف - بأمر العميل - مبلغًا من حساب له إلى حساب آخر بعملة أخرى، في المصرف نفسه أو غيره، لصالح العميل أو لمستفيد آخر.

وكذلك من القبض الذي جرى به العرف تسلم الشيك إذا كان له رصيد قابل للسحب بالعملة المكتوب بها عند استيفائه وحجزه المصرف[1]، ومما يعد قبضًا عرفًا كذلك ما يجري في عملية تحويل الأموال بعملة أخرى حيث يعدّ أخذ العميل ورقة التحويل وتثبيت المقدار المحول قبضًا له عرفًا[2].

٦- الاسم التجاري والعنوان التجاري والعلامة التجارية والتأليف والاختراع أو الابتكار هي حقوق خاصة لأصحابها أصبح لها في العُرف المعاصر قيمة مالية معتبرة لتموّل الناس لها، وهذه الحقوق يعتد بها شرعًا فلا يجوز الاعتداء عليها[3].

٧- مما استقر العرف المعاصر على جعله من حقوق الارتفاق وسائل الخدمات العامة، كوسائل الاتصال، والكهرباء، والماء، والغاز، والصرف الصحي، والتكييف المركزي، وكذلك فإن مواقف

---

(١) انظر: قرار مجمع الفقه التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي قرار رقم ٥٣ (٦/٤).

(٢) انظر القبض: صوره وبخاصة المستجدة منها وأحكامها للقره داغي، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٤٣٢/٦.

(٣) قرار مجمع الفقه الإسلامي قرار رقم: ٤٣ (٥/٥).

السيارات إذا كانت مواقف خاصة كالبنايات والأسواق والمحال التجارية فإنها تتبع العين التي أُبيح الوقوف من أجلها[١].

٨- إيقاف السيارة أمام المنزل أو في موقف مناسب لمثلها مقفلة الأبواب - يعدّ حرزًا لها، بشرط عدم التفريط والإهمال، وعلى هذا جرت عادة الناس في هذه الأيام، والقاعدة أن العادة محكّمة، ويترتب على ذلك أن سرقتها من هذه الأماكن هي سرقة لها من حرزها تستوجب القطع[٢].

٩- عادة المسلمين منذ القديم الاعتبار بالأشهر الهلالية في ديونهم وإجاراتهم ونحو ذلك مما يوقتون فيه من أمور معاملاتهم، ولا زال هذا باقيًا في بعض البلدان، إلا أن كثيرًا من بلدانهم الآن جرى العرف فيها باعتبار الأشهر الميلادية بدلاً من ذلك، فإذا أطلقت المدة في عقد من العقود أو في حلول دين أو تأجيله ونحو ذلك فإن المردّ في ذلك إلى ما جرى به عرف البلد[٣].

١٠- اختلف الفقهاء في أقل مدة الحيض وأكثره وأقل مدة الطهر على أقوال، وهذه الأقوال المختلف فيها عند الفقهاء لا مستند لها إلا التجربة والعادة، وكلٌّ إنما قال من ذلك ما ظن أن التجربة أوقفته عليه[٤].

---

(١) انظر: قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي رقم ١٧١، ٩/١٨.
(٢) انظر: أحكام السرقة المتعلقة بالسيارات لحسين الشهراني ص٢١.
(٣) تحرير المجلة ٤/١٤٣.
(٤) انظر: بداية المجتهد لابن رشد الحفيد ١/٣٦، الأشباه والنظائر للسيوطي ص٩٠.

ولمزيد من التوسع انظر :

- العرف والعادة في رأي الفقهاء، للدكتور أحمد فهمي أبو سنة، ط، مطبعة الأزهر.
- أثر العرف في التشريع الإسلامي، للدكتور السيد صالح عوض، ط، دار الكتاب الجامعي.
- قاعدة العادة محكمة للدكتور يعقوب الباحسين، ط، مكتبة الرشد.
- العرف والعمل في المذهب المالكي لعمر عبد الكريم الجيدي، طبع تحت إشراف اللجنة المشتركة لنشر التراث الإسلامي.

إبراهيم طنطاوي

* * *

رقم القاعدة: ٣١٠

نص القاعدة: العُرْفُ إِنَّما يُعْتَبَرُ إذا لَمْ يُخَالِفِ المَنْصُوصَ[(١)].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- العادة محكمة ما لم يعارضها دليل شرعي[(٢)].

٢- لا اعتبار بالعادة مع وجود النص بخلافها[(٣)].

٣- نص الشارع مقدم على العرف[(٤)].

٤- العرف لا يعتبر إذا خالف أحكام الشرع[(٥)].

٥- يعتبر العرف إذا لم يصادم نصًا ثابتًا أو إجماعًا يقينيًا[(٦)].

---

(١) النوازل الكبرى للوزاني ١٥٣/١١. وفي لفظ: "العرف إنما يعتبر فيما لا نص بخلافه" المبسوط للسرخسي ١٣٦/١٤. وفي لفظ آخر: "العرف إذا خالف النص يُرَدُّ " تكملة حاشية رد المحتار لابن عابدين ٢٧٤/١.

(٢) فصل الخطاب للسيابي ٣٩/٢.

(٣) البناية للعيني ٢٦٢/٩، ١٥٩/١١.

(٤) الفتوى للملاح ٥٠٥/٢. وفي لفظ: "ما ثبت بالنص أو بدلالته لا يراعى فيه العرف" تبيين الحقائق للزيلعي ١٠٩/٣، مجمع الأنهر لشيخي زاده ٢٦٨/٢.

(٥) العرف والعادة لأبي سنة ص ٦٤. وفي لفظ: "لا اعتبار بالعرف عند قيام دلالة النص" البحر الرائق لابن نجيم ٣٠٦/٤.

(٦) المدخل للقرضاوي ص٧٠، الفتوى للملاح ٥٠٦/٢.

٦- التعامل بخلاف النص لا يعتبر[١].

٧- كل عرف ورد النص بخلافه فهو غير معتبر[٢].

قواعد ذات علاقة :

١- العادة محكمة[٣]. (أصل مقيد بالقاعدة).

٢- الثابت بالعرف كالثَابت بالنص[٤]. (أصل مقيد بالقاعدة).

٣- المعروف عرفًا كالمشروط شرطًا[٥]. (أصل مقيد بالقاعدة).

٤- العرف إنما يعتبر عند عدم التصريح بخلافه[٦]. (متكاملة).

٥- لا عبرة بالعرف الطارئ[٧]. (متكاملة).

٦- الضعيف لا يعارض القوي[٨]. (تعليل).

شرح القاعدة :

كلمة النص خرجت في هذه القاعدة مخرج الغالب؛ والمراد جميع الأدلة الشرعية من نص الشارع أو الإجماع، أو غيرهما من الأدلة الشرعية، كما نطقت بذلك بعض الصيغ الأخرى للقاعدة.

---

(١) المبسوط للسرخسي ١٠/١٤٦، البحر الرائق ١/٢٨٤، التحقيق الباهر لهبة الله افندي ١/٣٤٧. وفي لفظ آخر: "العرف غير معتبر في المنصوص عليه". التحقيق الباهر ١/٣٤٧، ترتيب اللآلي لناظر زاده ٢/٨٢٦، مرآة المجلة ليوسف آصاف ١/٢٧.

(٢) المبسوط للسرخسي ١٢/١٩٦.

(٣) أشباه السيوطي ص ٨٩، أشباه ابن نجيم ص ٧، وانظرها في قسم القواعد الفقهية.

(٤) المبسوط للسرخسي ١٩/٤١.

(٥) مجلة الأحكام العدلية، المادة ٤٣، وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "العرف كالشرط".

(٦) المبسوط ٤/٢٢٧، وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "العرف إنما يعتبر إذا كان مقارنًا لا لاحقًا".

(٧) أشباه ابن نجيم ص ٩٤، وانظرها في قسم القواعد الفقهية.

(٨) المبسوط ٢/١٧٠، وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "الأقوى أحق بالحكم".

وهذه القاعدة من القواعد المتفق عليها – في الجملة - بين جميع الفقهاء الذين يحتجون بالعرف والعادة، ومعناها: أن الأعراف والعادات حجة معتبرة، ودليل من أدلة الشرع، يجب العمل بموجبها، فتُحكَّم في معاملات الناس وتصرفاتهم، وتُبنى عليها الأحكام الشرعية، ما لم تصادم دليلاً شرعيًا ثابتًا، فإذا عارضت نصًا ثابتًا من الكتاب أو السنة، أو إجماعًا يقينيًا فلا عبرة بها عندئذ، كتعارف الناس شرب الخمر وتبرج النساء والتعامل بالعقود الربوية ونحو ذلك، فمثل هذه العوائد كلها غير معتبرة؛ لمخالفتها الأدلة الشرعية الثابتة.

وقد تقرر شرعًا أن «العرف المصادم للنصوص الذي يحل الحرام أو يبطل الواجبات أو يقر البدع في دين الله أو يشيع الفساد والضرر في دنيا الناس فلا اعتبار له ولا يجوز أن يراعى في تقنين أو فتوى أو قضاء»[١].

وبناءً على ما تقدم، فإن هذه القاعدة مقيدة للقاعدة الكلية الكبرى: «العادة محكمة» - والقواعد المتفرعة منها[٢]؛ فإن تحكيم العادة مشروط بأن لا تكون العادة معارضة للدليل الشرعي، فلو خالفت الحكم الشرعي من كل وجه، بحيث يلزم من العمل بها تعطيل وإبطال الحكم الشرعي الذي يثبت بالدليل الخاص بالموضوع، فإنها مردودة ساقطة الاعتبار عندئذٍ باتفاق الفقهاء[٣].

وهي متكاملة مع القواعد الأخرى التي هي أيضًا قيود لتحكيم العرف والعادة، مثل قاعدة: «العرف إنما يعتبر عند عدم التصريح بخلافه» - والمراد بالتصريح فيها تصريح المكلف - وقاعدة: «لا عبرة بالعرف الطارئ»، فهذه القواعد كلها من شروط وقيود إعمال القاعدة الكبرى: «العادة محكمة».

---

(١) المدخل للشيخ القرضاوي ص ١٧٠.

(٢) وقد عبر الدكتور الباحسين عن هذه القاعدة بقوله: "أن لا يعارض القاعدة – يعني قاعدة العادة محكمة – ما هوأقوى منها، أو مثلها، سواء أكان دليلاً فرعيًا خاصًا معتدًا به، أوقاعدة متفقًا عليها" العادة محكمة ص ٧٠.

(٣) انظر: تكملة حاشية رد المحتار ١/ ٢٧٤. وانظر أيضًا: العادة محكمة للدكتور الباحسين ص ٧٣.

أدلة القاعدة :

١- جميع الآيات الدالة على إنكاره عز وجل على من يتبعون أسلافهم في أعرافهم وتقاليدهم ومعتقداتهم الفاسدة، المخالفة لأحكام الشرع، مثل قوله تعالى: ﴿ بَلْ قَالُوٓاْ إِنَّا وَجَدْنَآ ءَابَآءَنَا عَلَىٰٓ أُمَّةٍ وَإِنَّا عَلَىٰٓ ءَاثَٰرِهِم مُّهْتَدُونَ ﴾ [الزخرف - ٢٢].

قال الإمام الشاطبي: «من أسباب الخلاف التصميم على اتِّباع العوائد وإن فسدت أو كانت مخالفة للحق، وهو اتباع ما كان عليه الآباء والأشياخ وأشباه ذلك، وهو التقليد المذموم، فإن الله ذم ذلك في كتابه كقوله: ﴿ إِنَّا وَجَدْنَآ ءَابَآءَنَا عَلَىٰٓ أُمَّةٍ ﴾..». إلخ[١].

٢- حديث عائشة - رضي الله عنها مرفوعًا: «من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد»[٢].

قال ابن حجر - نقلاً عن ابن بطال – رحمهما الله تعالى: «إن مقصود هذا الحديث : أن من حكم بغير السنة جهلاً أو غلطًا يجب عليه الرجوع إلى حكم السنة، وترك ما خالفها امتثالاً لأمر الله تعالى بإيجاب طاعة رسوله، وهذا هو نفس الاعتصام بالسنة»[٣]، فإذا كان الحكم - الذي قد يتعلق بشخص أو أكثر - واجب الرد عند مخالفة النص الصحيح، فمن باب الأولى رد العرف الفاسد المخالف لأدلة الشرع؛ لعظم مفسدته. والحديث وإن كان مجاله الأساس البدع، لكن لا مانع من دخول غيرها من المعاملات والتصرفات المبنية على أعراف وعادات فاسدة في عموم لفظه، قال الإمام النووي عند شرحه لهذا الحديث «هذا الحديث مما ينبغي حفظه واستعماله في إبطال المنكرات»[٤].

---

(١) الاعتصام للشاطبي ٢/١٨٠.
(٢) رواه البخاري ٣/١٨٤(٢٦٩٧)، ومسلم ٣/١٣٤٤ (١٧١٨)/(١٨) واللفظ له.
(٣) فتح الباري لابن حجر العسقلاني ١٣/٣١٧.
(٤) صحيح مسلم بشرح النووي ١٢/١٦.

واستدل لها من المعقول بعدة وجوه، منها:

١- أن النص أقوى من العرف، والأقوى لا يترك بالأضعف(١).

٢- أن النص هو الذي أعطى للعرف قوته، وذلك في حديث: «ما رآه المسلمون حسنًا فهو عند الله حسن»(٢)، فلا يصح أن يترك بالعرف.

٣- أن النص عام لا يختص بزمان ولا بمكان، بخلاف العرف الذي قد يتغير بتغير الزمان والمكان.

٤- أن العرف لا يكون حجة إلا على الذين تعارفوه فقط، والنص حجة على الجميع.

٥- أن النص بعد ثبوته لا يحتمل أن يكون على باطل، بخلاف العرف فإنه يجوز أن يكون على باطل(٣).

تطبيقات القاعدة:

١- إذا جرى العرف بخروج المرأة من بيتها سافرة واختلاطها بالرجال، فليس وجود هذا العرف وشيوعه بين المسلمين حجةً وحكمًا للإباحة؛ لأنه يعارض نصوصًا كثيرة توجب على المرأة التستر وعدم الاختلاط بالرجال(٤)، من ذلك: ما استقر به العرف لدى بعض

---

(١) انظر: الهداية للمرغيناني ٤٧/٣.

(٢) هو موقوف على ابن مسعود رضي الله عنه، رواه أحمد ٨٤/٦ (٣٦٠٠)، والطيالسي في مسنده ١٩٩/١ (٢٤٣)، والبزار في مسنده ٢١٢/٥-٢١٣ (١٨١٦) والطبراني في الكبير ١١٢/٩-١١٣ (٨٥٨٣) وقال الهيثمي في المجمع ١١٧/١-١١٨: رجاله موثقون.

(٣) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٤٥٤/٤، أثر العرف لصالح عوض ص٢٠٦ - ٢٠٨، العادة محكمة للباحسين ص٧٠.

(٤) انظر: الطرق الحكمية لابن القيم ص ٤٠٦، مجلة البحوث العلمية ٨٢/٣٢، موسوعة القواعد الفقهية ٣٩٨/٦.

المؤسسات التعليمية بأن تذهب الطالبات البالغات إلى المدارس كاشفات الرؤوس والنحور والسواعد، فلا يعتمد هذا العرف دليلاً شرعيًا في إباحة هذا التصرف؛ لأنه يتنافى مع الأصول الشرعية التي تقضي بأن رأس المرأة ونحرها وساعديها عورة فلا يحل كشفها، ولا عبرة بعرف ينافي أصول الشريعة[١].

٢- لو اعتاد العمال أثناء العمل كشف السرة إلى موضع نبات الشعر من العانة، فلا يعني هذا أن هذا العمل جائز بناءً على العادة والعرف؛ لأن الفخذ عورة، والتعامل بخلاف النص لا يعتبر وإنما يعتبر فيما لا نص فيه[٢].

٣- تعامل كثير من الناس بالربا وأخذ فوائد البنوك - وهي ربا- لا يكون محللاً للربا؛ لأن التعامل بخلاف النص لا يعتبر[٣].

٤- إقامة حفلات الرقص والموسيقى والغناء الماجن مما اعتاده الناس في بعض المناسبات أمور محرمة، وإن جرى العرف بها؛ لأن العرف لا يبيح المحرم[٤].

٥- جرى العرف في بعض البلدان أن يخلو الرجل بمخطوبته وتخرج معه للتنزه، أو شراء بعض الأشياء، وهذا عرف فاسد غير معتبر شرعًا؛ لأن «المخطوبة تعتبر أجنبية من خاطبها، فتحرم الخلوة بها كغيرها من الأجنبيات، وهذا باتفاق»[٥].

---

(١) انظر: حاشية الجمل ٢/٥٠٦، اللباب في الجمع بين السنة والكتاب للمنبجي ١/٩٩، شرح العمدة لابن تيمية ٤/٢٦٥.

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي ١٠/١٤٦.

(٣) انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية ٣٠/٥٨، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو ٤/٣٦٩.

(٤) انظر: مجلة البحوث العلمية ٢/٤٩١.

(٥) المصدر السابق ص١٩ – ٢٦٨ – ٢٦٩.

٦- لقد انتشر بين الناس في هذا العصر ما يسمى بال-تأمين التجاري - الذي يقوم على أساس الأقساط الثابتة دون أن يكون للمستأمن الحق في أرباح الشركة أو التحمل لخسائرها - وقد أفتى عامة الفقهاء المعاصرون بتحريمه، وبتحريمه صدرت فتوى المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، ومجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي؛ لاشتماله على الربا، ولم يجعلوا العرف مسوغًا لجوازه؛ إذ «العرف لا يصير الحرام مباحًا»(١).

د. محمد خالد عبد الهادي هدايت

* * *

(١) البحر الرائق لابن نجيم ١٦٨/٢. وانظر أيضًا: مجلة البحوث العلمية ٨١/٤ فما بعدها، ٣٣٥/٢٦، قرار مجمع الفقه الإسلامي بجدة، الصادر في ربيع الآخر ١٤٠٦هـ/٢٢ - ٢٨، برقم ٩ [٩ - ٢]. وتجدر الإشارة إلى أن هناك من أباح التأمين التجاري، وعلى رأسهم الشيخ مصطفى الزرقا - رحمه الله تعالى - وألف في ذلك كتابه المشهور "عقد التأمين وموقف الشريعة الإسلامية منه". انظر: أدلة الفريقين ومناقشتها في "التأمين الإسلامي، دراسة فقهية تأصيلية" للدكتور علي محي الدين القرة داغي - دار البشائر الإسلامية، بيروت - الطبعة الثانية ١٤٢٦هـ، ص ١٤٣ فما بعدها.



رقم القاعدة: ٣١١

نص القاعدة: إِنَّما تُعْتَبَرُ العادَةُ إذا اطَّرَدَتْ أو غَلَبَتْ[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- إنما تعتبر العادة إذا اطردت، فإذا اضطربت فلا[٢].

٢- لا تعتبر العادة إلا إذا اطردت[٣].

٣- العادة لو اطردت أدير الحكم عليها[٤].

٤- يُبنى الحكم على عادة أغلب الناس[٥].

٥- العادة المطردة تقوم مقام الإفصاح باللسان[٦].

٦- العرف يُحكَّم ما دام مطردًا أو غالبًا[٧].

٧- العادة لا يرجع فيها إلى النادر وإنما يرجع فيها إلى الغالب[٨].

---

(١) أشباه ابن نجيم ص٩٤، حاشية ابن عابدين ١٥٦/٣، نزهة النواظر ١٠٩/١، المجلة العدلية – وشروحها – المادة ٤١، الانتصار ليحيى بن حمزة ٢٧٤/٢، الوجيز للبورنو ص ٢٩٥، العادة محكمة للباحسين ص ٦٣.

(٢) أشباه السيوطي ص٩٢.

(٣) فتح المدبر للسمديسي ١٤٧/١، وبنحوه في شرح المجلة للمحاسني ٦٨/١. وفي لفظ:" العادة لا تعتبر إلا لدى اطرادها " الأقمار المضية للأهل ١٣٠/١.

(٤) انظر: تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ٢٠٧/٩.

(٥) طريقة الخلاف للإسمندي ٢٩٥/١.

(٦) انظر: النوازل الجديدة للوزاني ٤١٦/٨، ٤٦٦.

(٧) العرف لعادل قوته ٩٦/١. وفي لفظ: "إنما يعرف العرف إذا كان شائعًا بين متعارفيه "المصدر نفسه ٢٣٦/١. وفي لفظ آخر: "العادة إذا غَلَبَتْ واطردت اعتُبِرت" المفصل في أحكام المرأة ١٠/٤.

(٨) التجريد للقدوري ٣٦٢/١.

قواعد ذات علاقة :

١- العادة محكمة[١]. (أصل مقيد بالقاعدة).

٢- الثابت بالعرف كالثَابت بالنص[٢]. (أصل مقيد بالقاعدة).

٣- العرف كالشرط[٣].

٤- العوائد معمول بها في الشرع ما لم تخالف دليلاً شرعيًا[٤]. (مكملة).

٥- العرف إنما يعتبر عند عدم التصريح بخلافه[٥]. (مكمِّلة).

٦- العرف إنما يعتبر إذا كان مقارنًا لا لاحقًا[٦]. (مكملة).

٧- العبرة للغالب الشائع لا للنادر[٧]. (أعم، تعليل).

شرح القاعدة :

هذه القاعدة هي والقواعد المكملة لها من شروط اعتبار العادة والعرف في الشرع، وقد اتفق الفقهاء الذين قالوا بحجية العرف على اعتبارها في الجملة[٨].

---

(١) أشباه السيوطي ص ٨٩، أشباه ابن نجيم ص ٧، وانظرها في قسم القواعد الفقهية.

(٢) المبسوط ٤١/١٩، وانظرها في قسم القواعد الفقهية.

(٣) البيان والتحصيل لابن رشد الجد ٢٧٣/٧، وانظرها في قسم القواعد الفقهية.

(٤) الجواهر الثمينة لابن شأس ص٢١٧، وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "العرف إنما يعتبر إذا لم يخالف المنصوص".

(٥) المبسوط للسرخسي ٢٢٧/٤، وانظرها في قسم القواعد الفقهية.

(٦) التحقيق الباهر لهبة الله أفندي ٣٦٤/١ – ب، وانظرها في قسم القواعد الفقهية.

(٧) المجلة – وشروحها – المادة ٤١، وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "الحكم للغالب".

(٨) انظر: بالإضافة إلى مصادر الصيغ المتنوعة للقاعدة: جامع المقاصد للكركي ٢٠٦/٧، و٢٥٦، ٢٣٢/٨، تذكرة الفقهاء للحلي ٤٤٢/١٠، جواهر الكلام للنجفي ٣١٠/٣٢، شرح الأزهار لابن مفتاح ٤٦/٤.

والمقصود بالاطراد فيها: أن يكون العمل بالعرف والعادة مستمرًا بين الذين اعتادوها في جميع الحوادث لا يتخلف، فتكون العادة شائعة مستفيضة بحيث يعرفها جميع الناس في البلاد كلها، أو في الإقليم الخاص، أو بين أصحاب المسلك أو الحرفة المعينة، «وفسر معنى المعرفة هنا من قبل بعض رجال القانون بأنه متابعة الناس سلوكًا بصفة متكررة ومنتظمة، أي يتبعه الأفراد المعينون به بانتظام، فلا يلتزمونه حينا ويهملونه حينا آخر، فإذا جرى العرف على تقسيم المهر في النكاح إلى معجل ومؤجل فإنه لا يكون مطردًا إلا إذا كان أهله يجرون على هذا التقسيم في جميع حوادث النكاح»[(١)].

والمراد بالغلبة: أن يكون العمل بها، وجريانها بين أهلها واقعًا في أكثر الحوادث، وإن كانت تتخلف قليلاً[(٢)].

ومعنى القاعدة: أن العادة إنما تكون معتبرة شرعًا في بناء الأحكام عليها إذا كانت شائعة ومستقرة بين أهلها في جميع الحوادث لا تتخلف، أو كانت تتخلف قليلاً، والغالب عمل أكثر الناس بها في جميع الأمور أو في غالبها، سواء أكان بين جميع الناس في البلاد كلها، أم في بلد خاص، أم بين أصحاب مهنة معينة، كعرف وعادة التجار فيما بينهم.

---

(١) العادة محكمة للباحسين ص ٦٣، ٦٤، نقلاً عن: مقدمة في الدراسات القانونية للدكتور محمود جمال الدين زكي ص١١٠.

(٢) يلاحظ أن الاطراد لا يحتاج إلى ذكره في هذه القاعدة، لأن العادة الغالبة إذا كانت معتبرة فمن باب الأولى أن تعتبر المطردة، ولعل ابن نجيم -ومن تبعه - إنما ذكره تبعًا للسيوطي، لأن السيوطي اكتفى في القاعدة بذكر الاطراد ولم يذكر الغلبة، فأضاف إليها ابن نجيم كلمة الغلبة حتى لا يُتَوهم أن المراد اشتراط الاطراد - بمعناها اللغوي، أي الذي لا يتخلف - دون الغلبة، مع أن غلبة العادة في حكم اطرادها عند السيوطي أيضًا، بدليل أنه لما ذكر القاعدة مثل لها بأن من باع شيئًا وأطلق نزل على النقد الغالب، فلو اضطربت العادة في البلد وجب البيان، وإلا بطل البيع، فتقييده النقد بالغالب يدل بوضوح على أن الغلبة كافية هنا. انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية ١١٣/٥.

فهذه القاعدة قيد للقاعدة الكبرى «العادة محكمة»، والقواعد المتفرعة عنها - كما سبقت الإشارة إليه؛ لأن ظاهرها يفيد أنها مرعية مطلقًا، فجاءت هذه القاعدة تقيدها بأن العادة إنما تكون محكَّمة إذا اطردت أو غلبت، أما إن لم تكن غالبة فلا يعتد بها، ولا يلتفت إليها، فليس كل عادة صالحة لبناء الأحكام الفقهية عليها، ولا اعتبارِها دليلاً يُرجع إليها عند فقدان النص من كتاب أو سنة، أو عدم وجود الإجماع، بل من شروط اعتبار العادة أن تكون مطردة أو غالبة، فالعادة التي يُعمَل بها في وقت دون وقت لا تصلح أن تكون محكمة، وكذلك لا اعتبار لعادة يعمل بها قليل من الناس ولا يعمل بها أكثرهم.

والعبرة في اطراد العادة أو غلبتها بواقع الحال في العمل والتطبيق عند أهل العرف من البلاد أو الطوائف، ولا عبرة للشهرة في كتب الفقهاء، ولهذا قالوا: ينبغي على المفتي أن ينظر في عوائد بلد من يسأله، فيبني أحكامه عليها، لا على ما اشتهر في كتب المذاهب.

وترك الناس للعادة في وقائع قليلة لا يؤثر في حجيتها ولا يقدح في اعتبارها، كما أشار إلى ذلك الإمام الشاطبي -رحمه الله تعالى- بقوله: «إذا كانت العوائد معتبرة شرعًا، فلا يقدح في اعتبارها انخراقها ما بقيت عادةً على الجملة»[١]؛ لأن من المقرر شرعًا أن «العبرة للغالب الشائع، لا للنادر»[٢].

وبهذا الشرط- أي شرط الاطِّراد أو الغلبة كما تنص عليه القاعدة - يخرج العرف المضطرب، والعرف المشترك -وهو ما تساوى العمل به وتركه[٣]- فإنه

(١) الموافقات للشاطبي ٢/٢٨٨.

(٢) المجلة - وشروحها، المادة (٤١).

(٣) لا يُخفي أن هناك عمومًا وخصوصًا مطلقًا بين العرف المضطرب والعرف المشترك، من حيث إن المشترك داخل في المضطرب. وقد يطلق العرف المشترك بمعناه اللغوي، فيكون المراد به العرف العام الذي يشترك أغلب الناس في العمل به، كما ورد في كلام الإمام الحصيري -رحمه الله تعالى: إذ إن "العادة مشتركة يجب العمل بها". القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير للدكتور علي الندوي ص ٤٧٩.

لا يصلح دليلاً لتحكيمه، والرجوع إليه، أو البناء والتفريع عليه.

ويجدر التنبيه هنا على أنه لا تلازم بين كون العرف عامًا وبين كونه مطردًا؛ لأن العرف قد يكون عامًا، ولكن العمل به لا يكون مستمرًا في جميع الحوادث، وكذلك قد يكون خاصًا بطائفة أو أهل مهنة أو أهل بلد خاص مطردًا ومتعارفًا فيما بينهم، ولا يكون عامًا في جميع البلاد، فالعام قد يكون غير مطرد فلا يعتد به شرعًا، والمطرد قد يكون غير عام فيكون معتبرًا ومحكمًا بين متعارفيه[1].

أدلة القاعدة:

هذه القاعدة مستندة في الأصل إلى المعقول، وذلك من وجوه:

١- أن العرف إن لم يكن غالبًا، بل كان مشتركًا - أي مساويًا من حيث عمل بعضهم به، وترك بعضهم له - صار متعارضًا، فإذا كان أحد العرفين يقتضي اعتباره، فالعرف الآخر يمنعه، فالعمل بأحدهما ترجيح بلا مرجح، فوجب أن يكون أحدهما غالبًا حتى يُحكَّم ويطرح الآخر[2].

٢- أن العادة إن لم تكن غالبة، بل كانت مضطربة، فإنَّ عَمل القوم بها أحيانًا إذا صلح دليلاً على إرادتهم تحكيمها فتركهم لها أحيانًا أخرى

---

(١) انظر: ما تقدم في شرح القاعدة: العــرف والعادة في رأي الفقهاء ص٥٦، ٥٧، المدخل الفقهي العام ٨٩٧/٢ -٨٩٨، رفع الحرج للباحسين ص٣٤٩، العادة محكمة، له أيضًا ص٦٣-٦٥، أثر العرف في التشريع الإسلامي لصالح عوض ص ١٨٩، ١٩٠ نظرية العرف لعبد الله خياط ص٥٣، الموسوعة الفقهية ٥٨/٣٠، العرف لعادل قوته ٢٣٢/١-٢٣٤، القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع منها للسدلان ص ٣٥٢ - ٣٥٥.

(٢) انظر: نشر العرف لابن عابدين ص٣٠، ٣١ نقلاً عن: العادة محكمة للباحسين ص ٦٥، العرف والعادة لأبي سنة ص ٥٧، العرف لعادل قوته ٢٣٣/١.

مماثلة ينقض هذه الدلالة، «ومن ثم كان من شرائط اعتبار العرف - بنوعيه: اللفظي والعملي - أن يكون مطردًا أوغالبًا»[١].

٣- أنَّ «تقرُّرَ العرف بين الناس، وتمكُّنَه في نفوسهم، إنما يتم بالغلبة أو الاطراد، ولأنهما قرينة إرادة الأمر الذي وُجِدا فيه، من تصرف المتكلم، قولاً أو فعلاً»[٢].

٤- لقد تقرر شرعًا أن «الحكم للغالب والنادر لا حكم له»[٣].ولا شك أن غلبة العرف والعادة تدخل في عموم هذه القاعدة.

تطبيقات القاعدة:

١- لو جرى العرف في البلد الذي حصل فيه الزواج بأن جهاز الأب لبنته من ماله يعتبر عارية، ووجد عرف آخر بأنه يعتبر هدية وتمليكًا، وتساوى العرفان، فقام الأب بتجهيز بنته من ماله الخاص، فزفت إلى زوجها، ثم حصل نزاع بينهما واختلفا في أن الجهاز عارية أو هدية فادعى الأب أنه عارية[٤]. وأنكرت هي ذلك، وادعت أنه هبة وتمليك[٥]. ولم يكن لأي منهما دليل على دعواه لا يصلح هذا العرف المشترك دليلاً لأحد الخصمين؛ إذ لا يوجد مرجح لأحدهما على الآخر لتساويهما[٦].

---

(١) المدخل الفقهي العام للزرقا ٨٩٨/٢. وانظر أيضًا: العرف لعادل قوته ٢٣٣/١.
(٢) العرف والعادة لأبي سنة ص ٥٧، العرف لعادل قوتة ٢٣٢/١.
(٣) المهذب للشيرازي ٣٢٤/٢. وانظر أيضًا: المبسوط للسرخسي ١٩٦/١٠، الفروق للقرافي مع هوامشه ٤٠٣/٤، أحكام أهل الذمة لابن القيم ٧٣٤/٢.
(٤) ليتسنى له الرجوع عليها واسترداده منها وطالبها برده إليه.
(٥) حتى لا يملك حق الرجوع عليها بسبب القرابة المحرمية المانعة من الرجوع في الهبة.
(٦) ويكون القول قول الأب، لأنه هو الدافع والمملِّك، ولأن العارية تبرع والهبة تبرع والعارية أدناها فتحمل على الأدنى. وهناك أقوال أخرى في المسألة عند الحنفية، لكن ذكروا أن هذا القول هو=

٢- لو باع بعملة مطلقة، انصرف البيع إلى أغلبها تداولاً، فإن لم تكن هناك عملة غالبة فسد العقد؛ لأنه يؤدي إلى التنازع[1].

٣- لو أن المتسابقين في الرمي لم يحددوا شروط المسابقة، فإن كانت هناك عادة مطردة للرماة حمل العقد عليها، كما تحمل العملة المطلقة على الغالب منها في التداول، وإن لم تكن عادة مطردة، فالأصح بطلان العقد، للغرر والجهالة[2].

٤- إذا جرت عادة بعض الناس في بعض البلدان بتقسيم المهر إلى معجل ومؤجل، وجرت عادة آخرين في نفس البلد بعدم تقسيم المهر، فلا يجوز تحكيم العادة؛ لاختلالها، حيث يعمل بها قوم ولا يعمل بها آخرون، فلا يتم العمل بالعرف[3]؛ لأن العادة إنما تعتبر إذا كانت مطردة أو غالبة.

٥- لو استأجر أحد أجيرًا على أن يعمل يومًا، فإنه يعمل من طلوع الشمس إلى العصر أو إلى الغروب، على وفق عرف البلدة في خصوص العمل - أي أن على الأجير إن كان الأجراء في البلدة يعملون عادة من طلوع الشمس إلى العصر أن يعمل من طلوع الشمس إلى العصر، وإن كانوا يعملون من طلوع الشمس إلى غروبها يعمل

= المختار للفتوى. انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٢/ ١٩٥، لسان الحكام لإبراهيم بن أبي اليمن محمد الحنفي ص ٣٢٠، الفتاوى الهندية ١/ ٣٢٧، ٤/ ٤٠٢، حاشية ابن عابدين ٣/ ١٥٧، ترتيب اللآلي لناظر زاده ٢/ ٨٤٤، شرح المجلة للأتاسي ١/ ٩٥، العادة محكمة للباحسين ص ٦٤، ٦٥. وراجع أيضًا البحر الزخار لابن المرتضى ٥/ ١٤٢.

(١) انظر: نظير ذلك في الهداية للمرغيناني ٣/ ٢٢، شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٢٣٣. وراجع أيضًا: أشباه السيوطي ص ٨٢.

(٢) انظر: روضة الطالبين للنووي ٥/ ٨٩، الروضة البهية للعاملي ٤/ ٣٤٠.

(٣) انظر: موسوعة القواعد الفقهية ١/ ٣٣٢.

هو أيضًا كذلك – لكن إن كان عرف البلدة مشتركًا لزم أن يعتبر اليوم بمعناه اللغوي ويشتغل الأجير إلى الغروب؛ لأن العادة تعتبر إذا اطردت أو غلبت فإذا كانت مشتركة فلا اعتبار لها[(١)].

٦- من أرسل إلى غيره هدية في وعاء، فإن جرت العادة بأن الوعاء داخل في الهدية مع ما فيه، كان هدية؛ تحكيمًا للعرف المطرد، فإن اضطربت، فالوجه أنه أمانة فيحرم استعماله[(٢)].

٧- من استأجر أجيرًا لعمل معين، فإن كان هناك عادة مطردة أن الأدوات التي يحتاج إليها الأجير في عمله يكون على الأجير أو على المستأجر، يرجع فيه للعرف والعادة، فإن اضطربت العادة وجب البيان، فإن لم يبين بطلت الإجارة[(٣)].

٨- من أوصى بوصية أو وقف وقفًا واحتمل لفظ الموصي أو الواقف معاني مختلفة مما اطرد به عرفه حال الوصية، وجب على الوصي أو الناظر أن يتبع جميع ما اطردت به العادة، فإن اختلفت العادة تخير ووجب عليه رعاية الأصلح، وما كان أقرب لمقاصد الأوصياء والواقفين[(٤)].

٩- لو استأجر أرضًا للزراعة ولها شِرْب معلوم، لا يدخل شربها في العقد إلا بشرط أو عرف مطرد، فإن اضطرب العرف فيه، بأن كانت تكرى

---

(١) انظر: درر الحكام لعلي حيدر ٤٨٢/١.

(٢) انظر: حاشية الشرواني ٣١٥/٦. وراجع أيضًا: الفتاوى الهندية ٤١٦/٤، الموسوعة الفقهية ٢٥٦/٤٢.

(٣) هذا أحد الوجوه الثلاثة في المسألة، وصححه الرافعي. انظر: المنثور للزركشي ٣٦١/٢، منهاج الطالبين للنووي ٧٧/١، الأقمار المضية للأهدل ص ١٠٩.

(٤) انظر: الفتاوى الفقهية الكبرى للسبكي ٣٣/٤، إعانة الطالبين للبكري ١٧١/٣.

وحدها تارة ومع الشرب أخرى لم يصح العقد لاضطراب العادة، والعادة إنما تعتبر إذا كانت مطردة[١].

١٠- لو أرسل المستعير الدابة المستعارة لترعى فتلفت فلا يضمن إذا كانت العادة أن ترسل للرعي، أما إذا كانت على خلاف ذلك أو كانت العادة مشتركة فإنه يضمن[٢].

د. محمد خالد عبد الهادي هدايت

* * *

---

(١) انظر: أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٤١٩/٢.

(٢) انظر: البحر الرائق لابن نجيم ٢٨١/٧، مجمع الضمانات لابن غانم ١٧٢/١، درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٣٠٨/٢.



رقم القاعدة: ٣١٢

نص القاعدة: العُرْفُ إِنَّمَا يُعْتَبَرُ عِنْدَ عَدَمِ التَّصْرِيحِ بِخِلافِهِ[١].

صيغ أخرى للقاعدة :

العرف يسقط اعتباره عند وجود التسمية بخلافه[٢].

قواعد ذات علاقة :

١- العادة محكمة[٣]. (أصل استثنيت منه القاعدة).

٢- الثابت بدلالة العرف كالثابت بدلالة النص[٤]. (أصل استثنيت منه القاعدة).

٣- كل ما ورد به الشرع مطلقًا، ولا ضابط له فيه، ولا في اللغة، يرجع فيه إلى العرف[٥]. (أصل استثنيت منه القاعدة).

٤- لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح[٦]. (أعم).

---

(١) المبسوط للسرخسي ٤/٢٢٧.
(٢) شرح السير الكبير للسرخسي٥/١٧٢٥.
(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٩. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.
(٤) المبسوط للسرخسي ٤/٢٢٧. وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "الثابت بالعرف كالثابت بالنص".
(٥) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٨. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.
(٦) درر الحكام شرح غرر الأحكام للملا خسرو ٢/٢١٨. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

٥- العرف إنما يعتبر إذا لم يخالف المنصوص[١]. (متكاملة).

٦- العرف إنما يعتبر إذا كان مقارنًا لا لاحقًا[٢]. (متكاملة).

شرح القاعدة:

هذه القاعدة قد تضمنت قيدًا من قيود إعمال القاعدة الكبرى «العادة محكمة»، وهو عدم تصريح المكلف بخلاف العرف الجاري بين الناس، فالعرف يعتبر حَكَمًا فيما يقع بينهم من النزاعات والاختلافات في أمور معاملاتهم على اختلاف أنواعها، ما لم يقع التصريح بخلافه، فإن وقع التصريح بخلافه وجب المصير إلى ما صرح به؛ لأنه قاض على ما جرى به العرف، فسلطان العرف إنما يكون فيما سكت عنه ولم يصرح فيه بشيء؛ لأنه حينئذ يكون كالشرط، فإذا صرح المتعاقدان بما يخالف العرف كانا ملزمين بما اتفقا عليه ولا اعتبار للعرف فيما صرّحا بخلافه؛ لأنه لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح، كما تصرح القاعدة التي هي أعم من قاعدتنا؛ فلو اتفق متعاقدان مثلاً في عقد بيع لعقار على أن يتحمل البائع نفقات تسجيل العقد وجب عليه الوفاء به، وإن كان العرف مستقرًا على أن نفقات التسجيل من التزامات المشتري[٣].

وليس المراد من القاعدة – كما قد يسبق إلى الفهم - عدم جواز مخالفة العرف للنص الشرعي، فهذا قيد آخر من القيود الواردة على إعمال العرف، وقد تكفلت ببيانه القاعدة المكملة للقاعدة التي بين أيدينا: «العرف إنما يعتبر إذا لم يخالف المنصوص»، كما تكفلت قاعدة «العرف إنما يعتبر إذا كان مقارنًا لا لاحقًا»[٤]. ببيان قيد ثالث من قيود إعمال العرف وهو المقارنة للتصرف.

---

(١) النوازل الكبرى للوزاني ١١/١٥٣. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٢) التحقيق الباهر لهبة الله أفندي ١/٣٦٤ ب. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٣) انظر: رفع الحرج للباحسين ص ٣٥٢، تطبيقات العرف في المعاملات المالية المعاصرة لمحمد محمود محمد الجمال ص ٥٠.

(٤) موسوعة القواعد الفقهية للبورنو ٨/٨٨٦.

والقاعدة محل اتفاق لدى الفقهاء أصلاً وتفريعًا، ومجال إعمالها جميع العقود والتصرفات التي لاعتبار العرف مدخل فيها.

أدلة القاعدة :

قاعدة: «لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح»[١]. وأدلتها، وبيان ذلك أن اعتبار العرف من قبيل الدلالة وهي أضعف من التصريح، وقد تقرر شرعًا أنه لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح.

تطبيقات القاعدة :

١- من اشترى سيارة جديدة دخل فيها عدتها ومفاتيحها والإطارات الاحتياطية دون ذكر في العقد للعرف المتداول والعادة الجارية، ما لم يتفق المتعاقدان على أمر يخالف هذا العرف[٢] لأن العرف إنما يعتبر عند عدم التصريح بخلافه.

٢- لو كان العرف جاريًا لدى طائفة من التجار بأن نفقات شحن البضاعة المبتاعة على المشتري لزمته، ما لم يكن العقد قد اشتمل على نص في بنوده بأن النفقة على البائع، فحينئذ يعمل بهذا النص الصريح، ولا ينظر إلى العرف القائم.

٣- إذا شرط في المسلَم أن يؤديه إليه في الحصاد، أو في شهر كذا، فإنه يكون في أوله، لأنه متعارف عليه، ما لم توجد تسمية من المتعاقدين بخلافه[٣] لأنه لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح.

---

(١) درر الحكام شرح غرر الأحكام لملا خسرو ٢/٢١٨. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٢) موسوعة القواعد الفقهية للبورنو ١٠/٧٥١.

(٣) زينة العرائس لابن المبرد ١/٢٠٣.

٤- من اشترى شيئًا بِعُمْلَةٍ مطلقة ينصرف إلى عملة البلد بدلالة العرف، ما لم يتفق المتعاقدان على خلافه؛ لأن العرف إنما يعتبر إذا لم يوجد التصريح بخلافه[١].

٥- لو باع بيتًا مرابحة بزيادة عشرة لكل مائة، يزاد على ثمنه أجرة السمسار ومصروفات العقد دون زيادة ربح، ومرد ذلك هو العرف، ما لم ينص في العقد على عدم إضافة أجرة السمسار ومصروفات العقد أو اتفق على أن يسري عليها ما يسري على الثمن؛ لأن العرف إنما يعتبر عند عدم التصريح بخلافه[٢].

د. مبروك عبد العظيم أحمد

* * *

(١) المبسوط للسرخسي ٤/١٥٥.

(٢) تطبيقات العرف في المعاملات المالية المعاصرة لمحمد الجمال ص ١٩٢.

رقم القاعدة: ٣١٣

نص القاعدة: الْعُرْفُ إِنَّمَا يُعْتَبَرُ إِذَا كَانَ مُقَارِنًا لَا لَاحِقًا[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- العرف الطارئ لا يعمل به إذا خالف عرفًا سبقه[٢].

٢- لا عبرة بالعرف الطارئ[٣].

٣- لا اعتبار بعرف حادث بل بعرف قديم[٤].

٤- العرف الذي تحمل عليه الألفاظ، إنما هو المقارن السابق دون المتأخر[٥].

٥- العرف الذي تحمل عليه الألفاظ وتتقيد به إنما هو العرف المقارن، حتى يجعل كالملفوظ به. أما الطارئ بعد ذلك فلا أثر له، ولا تنزل الألفاظ السابقة عليه[٦].

---

(١) التحقيق الباهر لهبة الله أفندي ١/٣٦٤/ب.

(٢) تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ٦/١١٧، نهاية المحتاج للرملي ٥/٢٥٧، حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب ٣/١٦٠.

(٣) الأشباه لابن نجيم ص ١٠١، تحفة المحتاج للهيتمي ١٠/٤٢.

(٤) الآداب الشرعية لابن مفلح ٣/٥٢٩، غذاء الألباب للسفاريني ٢/٢٥٥.

(٥) الأشباه لابن نجيم ص ١٠١، الأشباه للسيوطي ص ٩٦، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه للبورنو ص ٢٩٧، ووردت في المنثور للزركشي ٢/٣٩٤ بلفظ: "العرف الذي تحمل الألفاظ عليه إنما هو المقارن السابق".

(٦) المجموع المذهب للعلائي ١/١٥٥، قواعد الحصني ١/٣٨٧.

٦- كل متكلم يشترط في حمل لفظه على العادة مقارنة تلك العادة لتلفظه[١].

قواعد ذات علاقة :

١- العادة محكمة[٢]. (أصل مقيد بالقاعدة).

٢- كل من له عرف يحمل كلامه على عرفه[٣]. (أصل مقيد بالقاعدة).

٣- العرف إنما يعتبر عند عدم التصريح بخلافه[٤]. (مكملة).

٤- العادة الطارئة بعد العام لا أثر لها، ولا ينزل اللفظ السابق عليها[٥]. (اشتراك في الموضوع).

شرح القاعدة :

جاء الشرع الحكيم باعتبار الأعراف والعادات التي استقرت في أذهان الناس في حياتهم اليومية، وأصبحت معلومة لديهم، وأقامت عليها كثيرًا من الأحكام؛ تيسيرًا لهم، ودفعًا للحرج والمشقة عنهم، ولكن ليس كل عرف جرى عليه الناس، وشاع بينهم معتبرًا شرعًا، بل لا بد من كونه عرفًا صحيحًا صالحًا لبناء الأحكام عليه، ولا بد لصحته من توفر الشروط اللازمة لذلك، وهذه القاعدة تعبر عن أحد هذه الشروط، وهو لزوم اقتران العرف باللفظ.

---

(١) نفائس الأصول للقرافي ٢/٥٥.

(٢) الأشباه والنظائر لابن السبكي ١/١٢، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٩، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٩٣، مجلة الأحكام العدلية، المادة ٣٦ وشروحها، وانظرها في قسم القواعد الفقهية.

(٣) الفروق للقرافي١/٢٩٦، تبصرة الحكام لابن فرحون ٢/٧٣، معين الحكام للطرابلسي١/١٢٩، وانظرها في قسم القواعد الفقهية.

(٤) المبسوط للسرخسي ٤/٢٢٧، وانظرها في قسم القواعد الفقهية.

(٥) البحر المحيط للزركشي ٤/٥٢٢.

ومعنى القاعدة: أن العرف الذي يحمل عليه اللفظ في النذر أو اليمين أو الطلاق أو العقود أو غير ذلك من الالتزامات والتصرفات إنما هو ما كان قائمًا عند إنشاء التصرف، وذلك بأن يكون حدوثه سابقًا على وقت التصرف، ثم يستمر إلى زمانه فيقارنه، فخرج بهذا الشرط أمران[(١)]:

الأول: ما إذا كان العرف طارئًا على التصرف وحادثًا بعده.

الثاني: ما إذا كان سابقًا على التصرف، وتغير قبل إنشائه؛ فإنه لا يصح حمله عليه؛ لأن كل من يتكلم بكلام إنما يتكلم بحسب ما جرى به العرف القائم، فلا عبرة بالعرف الطارئ بعد النطق، ولا بالذي تغير وانقرض، ولا يقضى به عليه؛ لأننا لو ألزمناه بعرف غير قائم وقت كلامه لألزمناه بما لم يلتزم. قال الإمام القرافي: «العوائد الطارئة بعد النطق لا يقضى بها على النطق، فإن النطق سالم عن معارضتها، ونظيره: إذا وقع العقد في البيع فإن الثمن يحمل على العادة الحاضرة في النقد، وما يطرأ بعد ذلك من العوائد في النقود لا عبرة به في هذا البيع المتقدم، وكذلك النذر والإقرار والوصية إذا تأخرت العوائد عليها لا تعتبر، وإنما يعتبر من العوائد ما كان مقارنًا لها»[(٢)].

وهذه القاعدة خاصة بالصيغ الإنشائية، ومقيدة بها، دون غيرها؛ كما نص على ذلك الزركشي والحموي بقولهما: «العادة إنما تقيد اللفظ المطلق إذا تعلق بإنشاء أمر في الحال، دون ما يقع إخبارًا عن متقدم فلا يقيده العرف المتأخر»[(٣)]، وعليه فلا تنطبق هذه القاعدة على الإقرار والدعاوى، وذلك لأن الدعوى والإقرار إخبار عن وجوب سابق، فلا يقيده العرف المتأخر[(٤)]؛ فلو أقر

---

(١) انظر: العرف والعادة لأبي سنة ص ٦٥.

(٢) شرح تنقيح الفصول للقرافي ص ١٦٦، ط. دار الفكر، ١٤٢٤هـ.

(٣) المنثور للزركشي ٢/٣٦٤، غمز عيون البصائر للحموي ١/٣١٢.

(٤) انظر: الأشباه لابن نجيم مع غمز عيون البصائر ١/٣١٢، المنثور ٢/٣٦٤، الأشباه للسيوطي ص ٩٦، الفتاوى الفقهية الكبرى للهيتمي ٢/١٨٣.

شخص لإنسان بألفٍ غصبها أو سرقها أو استدانها منه منذ خمسين سنة، ولم يُبيِّن، فيُحمل إقراره على العملة التي كانت سائدة في ذلك الزمن، لا العملة التي يتعارفها الناس اليوم(١) وكذلك لا تؤثر العادة في التعليق أيضًا؛ لقلة وقوعه(٢).

وهي ذات اعتبارين: فقهي وأصولي، فالعرف لا يعتد به عند الفقهاء إذا كان طارئًا على نص المكلف بالاتفاق، وكذلك الحكم في نص الشارع إذا طرأ العرف عليه، «فالنصوص التشريعية يجب أن تفهم بحسب مدلولاتها اللغوية والعرفية في عصر صدور النص؛ لأنها هي مراد الشارع، ولا عبرة لتبدل مفاهيم الألفاظ في الأعراف المتأخرة»(٣)، قال القرافي: «نصوص الشريعة لا يؤثر في تخصيصها إلا ما قارنها من العوائد»(٤).

ومجال هذه القاعدة لا يقتصر على العرف الذي تحمل عليه الألفاظ، كما يبدو ذلك من بعض الصيغ الأخرى للقاعدة، بل يشمل التصرفات القولية والفعلية على حد سواء؛ كبيع المعاطاة، ودخول الحمام من دون تعيين الأجرة، وما يعد عيبًا في المبيع، وما يعتبر من توابعه، فيرجع في ذلك للأعراف الفعلية الموجودة عند التصرف دون غيرها(٥).

---

(١) انظر: الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو ص ٢٩٨.

(٢) انظر: المراجع السابقة.

(٣) المدخل الفقهي للزرقا ٢/٩٠٠.

(٤) شرح تنقيح الفصول للقرافي ص ١٦٦، ط، دار الفكر ١٤٢٤هـ. وانظر: البحر المحيط للزركشي ٤/٥٢٢.

(٥) انظر: المجموع المذهب للعلائي ١/١٥٩، العرف والعادة لأبي سنة ص ٦٥، المدخل الفقهي للزرقا ٢/٨٩٩.

أدلة القاعدة :

١- لأن «المقصود من الألفاظ دلالتها على مراد الناطقين بها»[(١)]، فالمعنى هو المقصود الحقيقي، ولا يمكن إدراك ذلك المقصود إلا بحمل كلام المتكلم على العرف الموجود عند التلفظ، أما «لو ألزمنا أحدًا بما جرى به عرف غير قائم وقت التصرف لألزمناه بما لم يلتزمه»[(٢)]، وكان في ذلك إلغاء لقصده الذي يجب اعتباره.

٢- لأن الكلام موضوع للإفهام، فإذا تعارف الناس استعماله لشيء معين في زمن معين كان ذلك بحكم الاستعمال كالحقيقة فيه؛ لوجود أمارة الحقيقة وهي: المبادرة إلى الذهن، فوجب حمله عليه، دون غيره، وذلك لأن ما سواه من المعاني اللاحقة والسابقة كالمجاز، لا يتناوله الكلام إلا بتصريح أو قرينة[(٣)].

تطبيقات القاعدة :

١- لو حلف لا يأكل رأسًا، وكان العرف في بلده إطلاق الرأس على رأس الغنم دون غيره، ثم تعورف بعد ذلك على أكل رأس البقر والإبل أيضًا، فلا يحنث إلا بأكل رأس الغنم خاصة؛ لأن اليمين انعقدت على رأس الغنم بحسب العرف المقارن، فلا يتغير بالعرف المتأخر[(٤)].

٢- لو أجر دارًا على أن المستأجر يدفع الإيجار بداية كل شهر، وكان

---

(١) الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٢٥٩/٤.

(٢) أثر العرف في التشريع الإسلامي للسيد صالح عوض ص ٢٢٥.

(٣) انظر: كشف الأسرار لعبد العزيز البخاري ٩٦/٢.

(٤) انظر: المبسوط للسرخسي ١٧٨/٨، تبيين الحقائق للزيلعي ١٣٠/٣.

التاريخ السائد في البلاد هو التاريخ الهجري، ثم تغير العرف وأصبح التعامل بين الناس بالتاريخ الميلادي، فيعتبر في ذلك التاريخ المتعارف عليه عند العقد دون ما حدث بعده؛ لأن العرف إنما يعتبر إذا كان مقارنًا لا لاحقًا[١].

٣- من باع دارًا تناول البيع ما يتبعها من ضروراتها ومصلحتها عرفًا، كمفاتيح أغلاقها، والأبواب المنصوبة، والرفوف الموجودة، وأشباه ذلك، ويرجع في ذلك إلى العرف الموجود وقت العقد دون الحادث بعده؛ لأن العرف إنما يعتبر إذا كان مقارنًا لا لاحقًا[٢].

٤- أجرة النقل المحتاج إليه في تسليم المبيع المنقول، وإيصاله إلى بيت المشتري تكون على حسب عرف البلدة وعادتها[٣]، فإذا كان المتعارف فيما يباع محمولاً على السيارة والشاحنة؛ كالحطب والفحم وغيرهما أن أجرة نقله تكون على البائع، ثم تغير العرف بعد العقد، فأصبحت الأجرة على المشتري، فلا عبرة بالعرف الحادث؛ لأن العرف إنما يعتبر إذا كان مقارنًا لا لاحقًا..

٥- لو وكل زيد رجلاً أن يشتري له لَبَنًا كل صباح، فيحمل كلامه على المعتاد في بلده في ذلك الوقت، فلو كانت العادة في البلد شرب ألبان البقر، ثم تعورف على شرب ألبان الغنم والإبل أيضًا فالعبرة بالسابق[٤]؛ لأن العرف الذي تحمل عليه الألفاظ، إنما هو المقارن السابق دون المتأخر.

---

(١) انظر: المدخل الفقهي العام للزرقا ٢/٩٠١.
(٢) انظر: المدخل الفقهي للزرقا ٢/٩٠٠-٩٠١.
(٣) انظر: المجلة العدلية م/٢٩١.
(٤) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٦/٣٢.

٦- لو أن شخصًا وقف ضيعة على علماء الشريعة، وكان المتبادر من كلمة العلماء من لهم خبرة كافية بعلوم الدين واللغة العربية، وإن لم يحمل شهادة علمية من الجامعات المتعارفة، ثم حدث عرف في هذا الزمان يطلق هذا اللفظ على حملة الشهادة العلمية لا غيرهم، ورفعت دعوى من العلماء الذين لم يحصلوا على هذه الشهادة، فالقاضي يفسر هذا اللفظ بالعرف الذي كان مستمرًا وقت إنشاء الوقف، وهو كل من حاز صفة العلم، ولا يحمله على العرف الحادث؛ لأن العرف الذي تحمل عليه الألفاظ، إنما هو المقارن السابق دون المتأخر[١].

٧- يجوز أخذ المعلوم – وهو الحق المقرر من الواقف للشخص- من المدارس والجامعات الموقوفة على الفقهاء وطلبة العلم في أيام البطالة والعطلات المعتادة في زمن الوقف؛ كأيام الأعياد، وشهر رمضان، أما إذا كان الوقف سابقًا على ما تعورف من البطالة في تلك الأيام أو الأشهر فلا يعتبر ذلك العرف، ولا يجوز أخذ المعلوم منه[٢].

محمد عمر شفيق الندوي

* * *

(١) انظر: العرف والعادة لأبي سنة ص ٦٥، القواعد الفقهية الكبرى للسدلان ص ٣٥٨.

(٢) انظر: المنثور للزركشي ٣٩٤/٢، الأشباه للسيوطي ص ٩٧، الأشباه لابن نجيم ص ١٠٢، شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٢٢٠.

رقم القاعدة: ٣١٤

نص القاعدة: تَخْتَلِفُ الأَحْكَامُ بِحَسَبِ اخْتِلَافِ الأَزْمَانِ وَالأَحْوَالِ[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- لا يُنْكَر تغيُّر الأحكام الاجتهادية بتغير الأزمان[٢].

٢- لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمنة والأمكنة والعادات[٣].

٣- قد تتغير الأحكام لاختلاف الزمان على حسب المصالح[٤].

٤- الحكم في القضايا والفتيا في النوازل تختلف كثيرًا باختلاف العوائد والحال الحاضرة[٥].

---

(١) انظر: الذخيرة للقرافي ٤٦/١٠، التاج والإكليل للمواق ١٧١/٦. ووردت في رد المحتار لابن عابدين ٦٣٦/٦ بلفظ "الأحكام تختلف باختلاف الأيام". ووردت في تكملة البحر الرائق للطوري ٢٢/٨ بلفظ: "الأحكام تختلف باختلاف الزمان".

(٢) تبيين الحقائق للزيلعي١/١٤٠،بريقة محمودية في شرح طريقة محمدية لمحمد الخادمي٣/٤٧، قواعد الخادمي مع شرح القرق أغاجي ص٦٥، مجلة الأحكام العدلية، المادة: ٣٩ وشروحها. وقد وردت فيها بدون قيد: "الاجتهادية". ووردت مقيدة بها في: الوجيز في إيضاح قواعد الفقه للبورنو ص٣١١، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو ١١٠٠/٨.

(٣) موجبات العقود للمحمصاني١/٧.

(٤) رد المحتار لابن عابدين ٤٧/٢.

(٥) المعيار المعرب للونشريسي ١٨٤/٢. ويعبر عنها الأصوليون بقولهم -كما في إعلام الموقعين لابن القيم ١٥٧/٤: "الفتوى تتغير بتغير الزمان والمكان والعوائد والأحوال".

٥- تختلف الأحكام باختلاف الزمان والمكان والمصلحة والمفسدة[١].

قواعد ذات علاقة :

١- الشريعة جاءت بتحصيل المصالح وتكميلها، وتعطيل المفاسد وتقليلها بحسب الإمكان[٢]. (أعم).

٢- النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعًا[٣]. (تعليل).

٣- العادة محكمة[٤]. (عموم وخصوص وجهي).

٤- الأحكام المرتبة على العوائد تتبع العوائد وتتغير عند تغيرها[٥]. (أخص).

شرح القاعدة :

الأحكام الشرعية منها ما هو ثابت لا يتغير؛ لحاجة الإنسان إليها في كل عصر ومصر؛ لأنها متعلقة بحقائق ثابتة لا تقبل التغيير، وإن غُيِّرَتْ اختلت الموازين وفسدت الأمور، وهي الأحكام الأساسية من المبادئ العامة، والقواعد الكلية، والمقدرات الشرعية، والأحكام الفرعية المنصوص عليها؛ فإنها لا تتغير ولا تتبدل، فتوحيد الله بالعبادة، ووجوب الصلاة والزكاة، وأداء الأمانة والصدق والإخلاص، وحرمة الدم والمال والعرض، وتحريم الظلم والغصب والسرقة والغش والخداع في المعاملات وشهادة الزور؛ فهذه كلها

---

(١) انظر: أحكام أهل الذمة لابن القيم ٣/١٣٢١.

(٢) الاستقامة لابن تيمية ١/٢٨٨.

(٣) الموافقات للشاطبي ٤/١٩٤، وانظرها بلفظها في قسم القواعد المقاصدية.

(٤) الأشباه والنظائر لابن السبكي ١/٥٠، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٨٢، المجموع المذهب للعلائي١/٣٩٩، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٩٣، مجلة الأحكام العدلية، المادة: ٣٦، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٥) الفروق للقرافي ٣/٢٩، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

أحكام منصوصة مستقرة لا يؤثر فيها تغير الزمان ولا المكان ولا الأشخاص.

ومنها أحكام تدور حول محاور ثابتة ومقاصد معينة، تحقق مصالح الناس وتضبط أمورهم، لكنها تتغير بتغير الزمان والمكان والحال، وهي الأحكام الاجتهادية المبنية على القياس أو المصلحة أو الاستحسان أو غيرها من الأدلة الفرعية، أو الأحكام النصية المبنية على الأعراف والعادات.

وتغير الأحكام بتغير الأزمان ليس في الحقيقة اختلافًا ولا تغييرًا في الشريعة، وإنما هو ردٌّ لأحكام الجزئيات الحادثة إلى أصولها الكلية، ورجوع بها إلى مقاصدها الشرعية؛ قال العلامة ابن عابدين: «كثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان؛ لتغير عرف أهله، أو لحدوث ضرورة، أو فساد أهل الزمان، بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه أولاً، للزم منه المشقة والضرر بالناس، ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ودفع الضرر والفساد؛ لبقاء العالم على أتم نظام وأحسن إحكام»[١].

وإسناد التغيير للزمان وللمكان هو من باب إطلاق المحل وإرادة الحال؛ لأن الزمن لا يتغير، وإنما الناس هم الذين يطرأ عليهم التغيير في أفكارهم وصفاتهم وعاداتهم وسلوكهم، فالزمان ظرف يجمع أحوال الناس وعاداتهم وضرورياتهم وحاجياتهم، وأوضاعهم التنظيمية والإدارية، وهي تختلف من زمان إلى زمان ومن مكان إلى مكان.

ولتغير الزمان الذي تتغير به الأحكام أسباب عديدة[٢]، وهي:

أولاً: تغير العادات والأعراف التي جعلت مناطًا للحكم، فإن هذا التغير

---

(١) نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف لابن عابدين، المطبوع ضمن رسائل ابن عابدين ١٢٣/٢.

(٢) انظر: القواعد الكلية والضوابط الفقهية لمحمد عثمان شبير ص ٢٦٣ وما بعده، العادة محكمة للباحسين ص ٢٢٠.

يوجب تغير الحكم إلى ما تقتضيه العادة المتجددة؛ كما في قبض الصداق بعد الدخول، فقد رُوِيَ عن الإمام مالك - رحمه الله تعالى - أنَّه إذا تنازع الزوجان في قبض الصداق بعد الدخول فالقول قول الزوج مع أن الأصل عدم القبض؛ عملاً بما كان عليه السلف من تقديم المهر على الدخول. قال القاضي إسماعيل: «هذه كانت عادتهم بالمدينة أن الرجل لا يدخل بامرأته حتى تقبض جميع صداقها، واليوم عادتهم على خلاف ذلك، فالقول قول المرأة مع يمينها؛ لأجل اختلاف العوائد»[١]، وأما في العصر الحاضر فالعادة الجارية في كثير من البلدان هي تقسيم الصداق إلى معجل ومؤجل، ويكون المؤجل هو الجزء الأكبر منه، ويحل أجله عند الفرقة بالطلاق أو الموت؛ وهذا ما تعبر عنه القاعدة: «الأحكام المترتبة على العوائد تتبع العوائد وتتغير عند تغيرها»[٢].

ثانيًا: تطور أساليب الحياة الذي اقتضى تبديلاً وتغييرًا في أساليب المعيشة وأوضاعها في مجالات الحياة المختلفة، فتتغير تبعا لذلك الأحكام المترتبة عليها؛ لعدم تلاؤمها مع هذه الأوضاع الجديدة؛ تحقيقا للمصلحة ودفعا للمفسدة، كما في قبض العقار المبيع، فإنه كان لا يتم سابقًا إلا بالتفريغ والتسليم الفعلي للمشتري، أو تمكينه منه، ولكن بعد حدوث الأوضاع التنظيمية الجديدة، ووجود القانون العقاري يعتبر تسجيل العقار في السجل العقاري قبضًا له؛ لأن التسجيل يقطع كل علاقة للبائع بالعقار، وبه تنتقل الملكية وما تفرع عنها من حقوق إلى المشتري، وكذلك تنتقل تبعة ضمان هلاك المبيع من عهدة البائع إلى عهدة المشتري، ففي ظل هذه الأوضاع التنظيمية الجديدة يعطى التسجيل في السجل العقاري حكم التسليم الفعلي[٣]، ومن ذلك

---

(١) انظر: الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام للقرافي ص٢٣٣، تبصرة الحكام لابن فرحون ٧٥/٢.
(٢) الفروق للقرافي ٢٩/٣. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.
(٣) انظر: المدخل الفقهي للزرقا ٩٥٦/٢، عقد البيع للزرقا ص ١١٨.

أيضًا ما كان من المصالح المرسلة في باب المعاملات والسياسة الشرعية والأحكام الإدارية والعقوبات التعزيرية، كاشتراط إثبات عقد الزواج بورقة رسمية لسماع دعوى الإنكار لقيام الزوجية، واشتراط تسجيل البيع في الدوائر المختصة لنقل الملكية، ووضع قواعد المرور في الطرقات العامة، مما يدور مع مبدأ إحقاق الحق وجلب المصالح ودرء المفاسد.

ثالثًا: ظهور معطيات علمية جديدة متمخضة عن التطورات والتقنيات الحديثة تقتضي تغير الحكم الذي بُني على معطيات علمية قديمة، مبنية على ما توصل إليه العلم في ذلك الوقت؛ كما في كراهة استعمال الماء المشمّس في البدن للطهارة وغيرها إذا كان في آنية مصنوعة من غير الذهب والفضة، واستعمل في حال حرارته، فقد كره ذلك الشافعية على المعتمد[(١)]، وبعض فقهاء الحنفية والمالكية والحنابلة[(٢)]، بناء على أنه يورث البرص، كما قال الدسوقي: «هذه الكراهة طبية لا شرعية، وعلة كراهة استعمال الماء المسخن بالشمس أن التسخين في الأواني المذكورة يورث الماء زهومة، فإذا غسل العضو بذلك الماء انحبس الدم عن السريان في العروق وانقلب برصًا»[(٣)]، وأما في العصر الحاضر فقد توصل الطب الحديث إلى نفي العلاقة بين الماء المشمّس والإصابة بمرض البرص، ولذلك انتشر استخدام السخانات الشمسية بين الناس دون خوف أو ضرر[(٤)].

رابعًا: حدوث ضرورات وحاجات عامة في حياة الناس تتطلب التيسير

---

(١) انظر: فتح العزيز للرافعي ١/١٢٨، تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ١/٧٤، مغني المحتاج للخطيب الشربيني ١/١١٩.

(٢) انظر: فتح القدير لابن الهمام ١/٣٦، التاج والإكليل للمواق ١/١١٢، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١/٤٥، الإنصاف للمرداوي ١/٢٤.

(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١/٤٥.

(٤) انظر: أثر المستجدات الطبية في باب الطهارة لزايد الدويري ص ٨٩.

والترخيص في بعض الأحكام، مراعاة للمصالح العامة، ومن أمثلة ذلك ما أفتى به المتأخرون من فقهاء الحنفية بجواز أخذ الأجرة على تعليم القرآن الكريم، وعلى وظائف الإمامة والخطابة والأذان، خلافًا لما كان مقررًا سابقًا بينهم، نظرًا لتغير الزمان، وانقطاع عطاءات المعلمين والقائمين بالشعائر الدينية من بيت المال، فلو اشتغل هؤلاء بالاكتساب من زراعة أو تجارة أو صناعة، لزم ضياع القرآن، وإهمال تلك الشعائر[١].

خامسًا: فساد الزمان: والمقصود به فساد أهله، وانحطاط أخلاقهم، وضعف الوازع الديني فيهم، وانعدام الورع مما يؤدي إلى تغير الأحكام تبعًا لتغير الناس؛ منعًا للفساد، وسدًا للذرائع؛ كما قال القرافي: «كثرة الفساد وانتشاره بخلاف العصر الأول يقتضي اختلاف الأحكام بحيث لا يخرج عن الشرع بالكلية»؛ لقوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضِرار»[٢][٣]، وقال عمر بن عبد العزيز: «تحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور»[٤].

وعند التأمل في هذه الأسباب والعوامل نجد أن بينها تداخلاً، وأن بعضها نتائج ومسبّبات لبعض، ولذلك حصرها الشيخ مصطفى الزرقا في سببين، هما:

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي ١٦/٣٧، تكملة البحر الرائق للطوري ٨/٢٢، رسائل ابن عابدين ١/١٦٠. مع العلم أن الإمام مالكًا والشافعي وجماعة من علماء السلف أجازوا أخذ الأجرة على تعليم القرآن الكريم مطلقًا. انظر: تفسير القرطبي ١/٣٣٥، شرح السنة للبغوي ٨/٢٦٨، شرح الخرشي على مختصر خليل ٧/١٧، الفواكه الدواني للنفراوي ٢/١١٤، أسنى المطالب في شرح روض الطالب لزكريا الأنصاري ٣/٣٢٠، مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٣/٤٦١.

(٢) رواه أحمد في مسنده ٥/٥٥ (٢٨٦٥) وابن ماجه في سننه ٢/٧٨٤ (٢٣٤١) والطبراني في الكبير ١١/ ٢٢٨ (١١٥٧٦) من حديث ابن عباس رضي الله عنه، ورواه الحاكم في المستدرك ٢/٦٦ (٢٣٤٥)، والدارقطني في سننه ٤/٥١ (٣٠٧٩) والبيهقي في سننه ٦/١١٤ (١١٣٨٤) من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه، وقال الحاكم: صحيح الإسناد ولم يخرجاه. ووافقه الذهبي. وقد روي من حديث غيرهما من الصحابة. انظر: نصب الراية للزيلعي ٤/٣٨٤.

(٣) الذخيرة للقرافي ١٠/٤٥.

(٤) نقله عنه الإمام الشاطبي في الاعتصام ١/١٨١، والباجي في المنتقى ٦/١٤٠.

فساد الأخلاق، وتطور الزمان[١]، وذكر العلامة ابن عابدين ثلاثة منها[٢]. وأضاف إليها بعض الباحثين الأسباب التي تكون سببًا للتيسير والترخيص في حالات خاصة، كالضرورة والحاجة التي تعتري الأفراد في المرض والسفر ونحو ذلك، والحقيقة أن القاعدة التي بين أيدينا تختص بالأسباب العامة التي تعم زمانًا ما أو مكانًا ما، أما الحالات الخاصة فلها قواعدها؛ كقاعدة: «الضرورات تبيح المحظورات»[٣]، و«التكليف بحسب الوسع»[٤]، ونحوها.

فالقاعدة تشمل تغير الأحكام بتغير الأزمان والأحوال والأعراف، وهي تطبيق لمبدأ رفع الحرج وجلب المصالح ودرء المفاسد، وهذا ما قرره ابن القيم في فصل عقده بعنوان «تغير الفتوى واختلافها بحسب تغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات والعوائد». حيث قال: «هذا فصل عظيم النفع جدًا، وقع بسبب الجهل به غلط عظيم على الشريعة أوجب من الحرج والمشقة وتكليف ما لا سبيل إليه ما يُعلم أن الشريعة الباهرة التي في أعلى رتب المصالح لا تأتي به، فإن الشريعة مبناها وأساسها على الحِكَم ومصالح العباد في المعاش والمعاد، وهي عدل كلها، ورحمة كلها ومصالح كلها، حكمة كلها، فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور، وعن الرحمة إلى ضدها، وعن المصلحة إلى المفسدة، وعن الحكمة إلى العبث، فليست من الشريعة»[٥].

وهذه القاعدة متفق على اعتبارها في الجملة، والخلاف في بعض فروعها إنما هو من باب تحقيق المناط، وذلك لاختلاف وجهات النظر في تحقق السبب الموجب للتغيير في الصورة الحادثة.

---

(١) انظر: المدخل الفقهي للزرقا ٢/٩٤٢.
(٢) انظر: نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف، المطبوع ضمن رسائل ابن عابدين ٢/١٢٣.
(٣) انظر: المنثور للزركشي ٢/٣١٧، المبسوط للزركشي ١٠/١٥٤.
(٤) انظر: المبسوط ٢/١٨١، تبيين الحقائق للزيلعي ١/١٠٠.
(٥) إعلام الموقعين لابن القيم ٣/١١.

أدلة القاعدة :

١- ما روته عمرة بنت عبد الرحمن أنها سمعت عائشة زوج النبى ﷺ تقول: «لو أن رسول الله ﷺ رأى ما أحدث النساء لمنعهن المسجد؛ كما منعت نساء بني إسرائيل»[١]. فبنتْ السيدة عائشة رضي الله عنها تغيير الحكم على تغير أحوال النساء في زمنها، قال القسطلاني: «واستحباب خروجهن مطلقًا إنما كان في ذلك الزمن حيث كان الأمن من فسادهن»[٢]. وقال النووي: «لأن الفتن وأسباب الشر في هذه الأعصار كثيرة، بخلاف العصر الأول»[٣].

٢- إيقاف عمر بن الخطاب رضي الله عنه حد السرقة أيام المجاعة[٤]، فجعل رضي الله عنه هذا الظرف الطارئ - وهو الضرورة الملجئة للسرقة - شبهة يدرأ بها الحد، فتبين من هذا أن مراعاة الظروف الطارئة وتغير الحكم لتغير الحال أصل في الشرع.

٣- أمر عثمان بن عفان رضي الله عنه بالتقاط ضالة الإبل وتعريفها وبيعها، مع أنها كانت تترك وشأنها أيام الرسول ﷺ وأبي بكر وعمر؛ لقوله ﷺ لمن سأله عن ضالة الإبل: «مالك ولها، دعها، فإن معها حذاءها وسقاءها، ترد الماء وتأكل الشجر حتى يجدها ربها»[٥]،

---

(١) رواه البخاري ١/١٧٣ (٨٦٩)، ومسلم ١/٣٢٩ (٤٤٥).

(٢) إرشاد الساري للقسطلاني ٢/٢٢٠.

(٣) المجموع شرح المهذب للنووي ٥/١٤.

(٤) انظر: المنتقى شرح الموطأ للباجي ٦/٦٤، إعلام الموقعين ٣/١٧، وقد روى عنه عبد الرزاق في المصنف ١٠/٢٤٢ (١٨٩٩٠)، وابن أبي شيبة في المصنف ٥/٥٢١ (٢٨٥٨٦) قوله: "لا يقطع في عذق، ولا في عام سنة".

(٥) رواه البخاري ١/٣٠ (٩١) وفي مواضع أخر، ومسلم ٣/١٣٤٩(١٧٢٢)/(٥) من حديث زيد بن خالد الجهني رضي الله عنه.

وذلك لأنه لما رأى تغير حال الناس في زمنه أمر بالتقاطها وبيعها، ووضع ثمنها في بيت المال؛ كما روى مالك عن ابن شهاب قال: «كانت ضوال الإبل في زمن عمر بن الخطاب إبلاً مؤبلة، تناتج، لا يمسها أحد، حتى إذا كان زمان عثمان بن عفان أمر بتعريفها، ثم تباع، فإذا جاء صاحبها أعطي ثمنها»[١].

٤- قضاء الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم بتضمين الصناع[٢] - كالصباغ والخياط ونحوهم- وقال علي رضي الله عنه: «لا يصلح الناس إلا ذلك»[٣]، مع أن الأصل فيهم الأمانة، فلا يضمنون إلا عند التفريط أو التعدي، ولكن لما كثر الطمع في الناس، وقلت الأمانة اتفق عامة السلف على تضمينهم؛ حفظًا لأموال الناس وحقوقهم.

تطبيقات القاعدة:

١- الأصل في المدين أن تصرفاته في أمواله بالهبة والوقف وسائر وجوه التبرع نافذة قبل الحجر، ولو كانت ديونه مستغرقة أمواله كلها، باعتبار أن الديون تتعلق بذمته، فتبقى أعيان أمواله حرة، فينفذ فيها تصرفه. ولكن لما فسد الزمان وخربت الذمم وكثر الطمع وقل الورع، وأصبح المدينون يعمدون إلى تهريب أموالهم من وجه الدائنين عن طريق وقفها أو هبتها لمن يثقون به من قريبٍ أو صديقٍ، أفتى المتأخرون من فقهاء الحنفية وبعض الحنابلة بعدم نفاذ هذه التصرفات

---

(١) رواه مالك في الموطأ ٢/٧٥٩، والبيهقي في الكبرى ٦/٣١٦ (١٢٠٨٠).

(٢) انظر: المنتقى شرح الموطأ للباجي ٦/٧١، الاعتصام للشاطبي ٢/١٠٢، المعونة للقاضي عبدالوهاب ٢/١١٦.

(٣) رواه ابن أبي شيبة ١١/٨٣ (٢١٤٥٠)، والبيهقي في السنن الكبرى ٦/١٢٢، وفي معرفة السنن ٤/٥٠٩ (٣٧٢٢).

من المدين إلا فيما يزيد عن وفاء الدين من أمواله[١].

٢- ذهب متقدمو الحنفية إلى أن للقاضي أن يقضي بعلمه الشخصي في واقعة شهدها بنفسه في زمن ولايته ومحلها إلا في الحدود الخالصة لله تعالى، وذلك يغني عن مطالبة الخصوم بالإثبات، ثم أفتى المتأخرون منهم بأنه ليس للقاضي أن يقضي بعلمه الشخصي مطلقًا؛ للتهمة وانتشار الفساد والرشوة بين القضاة[٢].

٣- اكتفى الإمام أبو حنيفة رحمه الله في عدالة الشهود بالعدالة الظاهرة فيما عدا الحدود والقصاص، ولم ير وجوب تزكيتهم ما لم يطعن الخصم فيهم؛ لغلبة الصلاح في زمانه، ثم لما غلب الفساد على الناس، وفشا الكذب، وتجرأ الناس على شهادة الزور قال الإمامان محمد وأبو يوسف بلزوم تزكية جميع الشهود، ولا يكتفى بالعدالة الظاهرة[٣].

٤- الأصل في تحديد أوقات الصلوات ومعرفة وقت الإمساك والإفطار هو رؤية العلامات الكونية التي جعلها الشارع دليلاً على دخول الوقت، إلا أن تطور الحسابات الفلكية جعلت علماء الفلك يضعون تقاويم تبين أوقات الصلوات، ووقت الإمساك والإفطار، وانتشر العمل بها عند الناس، وأصبح الاعتماد على العلامات الكونية أمرًا نادرًا وشاقًا، ولذلك أفتى كثير من المتأخرين بجواز الاعتماد على

---

(١) انظر: المدخل الفقهي للزرقا ٨٣٩/٢، ٩٤٥، إعلام الموقعين لابن القيم ٧/٤، القواعد لابن رجب ص ١٤.

(٢) انظر: غمز عيون البصائر للحموي ٣٨٦/١، البحر الرائق لابن نجيم ٢٠٥/٧، رد المحتار لابن عابدين ٤٣٨/٥-٤٣٩.

(٣) انظر: المبسوط للسرخسي ٨٨/١٦، بدائع الصنائع للكاساني ٢٧٠/٦، فتح القدير لابن الهمام ٣٧٨/٧.

التقاويم والحساب في تحديد أوقات الصلاة[١]. والصيام والإفطار في أيام رمضان[٢].

٥- فرض الله سبحانه وتعالى صوم رمضان من طلوع الفجر الصادق إلى دخول الليل بغروب الشمس، دون تفرقة بين جهة يطول ليلها أو يقصر، لكن ظهر بعد عصر الرسالة أن على الأرض جهات يطول فيها النهار حتى لا يكون ليلها إلا جزءاً يسيراً، فبمجرد ما تغرب الشمس بساعة أو نصف ساعة أو نحو ذلك يطلع الفجر، كما في البلاد القريبة من القطب، فهؤلاء إن أعطوا حكم البلاد المعتادة ففيه مشقة شديدة، فربما لم يتمكنوا من أداء الصلاة والأكل والشرب والجماع المباح لهم، ولذلك أفتى طائفة من العلماء بأن يقدر أهل هذه البلاد للصيام زمنًا معتدلاً، فيصوموا قدر الساعات التي يصومها المسلمون في أقرب البلاد المعتدلة إليهم، أو البلاد التى نزل فيها التشريع الإسلامي «مكة والمدينة»، فاختلف حكمهم باختلاف المكان[٣].

٦- الأصل في التركات الفاضلة عن ذوي الفروض إن لم يكن عصبة أنها ترد إلى بيت مال المسلمين - عند المتقدمين من فقهاء المالكية والشافعية، لكن أفتى المتأخرون منهم بأنها ترد على أهل الفرض غير الزوجين، فإن لم يكن ذو فرض يرد على ذوي الأرحام، فإن لم يكن

---

(١) انظر: معرفة أوقات العبادات للمشيقح ٦٨٤/١، فتاوى الشيخ محمد بن إبراهيم ١٣٠/٢، فتاوى الشبكة الإسلامية بإشراف د. عبد الله الفقيه، الفتوى رقم: ٢٣٨١١.

(٢) انظر: مجموع فتاوى ابن عثيمين ٣٢٤/١٩، فتاوى الشبكة الإسلامية، الفتوى رقم: ٢٣٨١١. أما دخول رمضان فلا يثبت بالحساب، بل لا بد فيه من الرؤية، لأن الشرع علق الحكم عليها. انظر: الفروق للقرافي ١٧٨/٢-١٧٩.

(٣) انظر: تفسير روح البيان للخلوتي ٣٩٨/٧، بحوث وفتاوى إسلامية للشيخ جاد الحق ٥٤٩/١، فتاوى مصطفى الزرقا ص ١١٣-١١٤.

تصرف إلى المصالح العامة، ويتصدق بها، ولا ترد إلى بيت المال؛ لعدم انتظامه، بإنفاق أمواله في غير مصارفه الشرعية، فيعطى من لا يستحقه، ويمنع أهل الاستحقاق[١].

٧- لم يكن الناس في العصور السابقة بحاجة إلى إجراء الفحص الطبي قبل الزواج؛ لبساطة الحياة آنذاك، واتصاف الناس بالصدق والأمانة في الإخبار عن أحوالهم وعيوبهم، أما اليوم فمع انتشار الأمراض الخطيرة من الإيدز والزهري والسرطان وغيرها، وتوفر الوسائل والأجهزة الحديثة لكشفها أصبح إجراء الفحص الطبي قبل الزواج مطلوبًا شرعًا للتأكد من خلو الزوجين من الموانع المرضية[٢].

٨- من استقرض مبلغًا من المال بعُملة معينة فكسدت بسبب التضخم النقدي المفرط أو غير ذلك من الأسباب فالأصل في ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله أنه يرد مثلها كاسدة، ولا يغرم قيمتها، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى عليه قيمتها يوم القبض؛ لتعذر ردها كما قبضها، وقد أفتى كثير من متأخري الحنفية بقول أبي يوسف وقالوا: «قوله أقرب إلى الصواب في زماننا»[٣]؛ رعاية لمصالح الناس، ودفعًا للضرر عنهم.

٩- كان الولاة والقضاة هم الذين يقومون بتنفيذ عقوبة القتل والإعدام، دون الحاجة للرجوع إلى الخليفة - رئيس الدولة، ثم منع

---

(١) انظر: الشرح الصغير للدردير مع حاشية الصاوي ٦٣٠/٤، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤٦٨/٤، منح الجليل لعليش ٦٣٢/٩-٦٣٣، الحاوي للماوردي ٧٨/٨، شرح الجلال المحلي على المنهاج ١٣٨/٣.

(٢) انظر: رسائل ومسائل في الفقه للنفيسة ٥٣/٥، مستجدات فقهية في قضايا الزواج للأشقر ص٩١ وما بعده.

(٣) الفتاوى الهندية ٢٠٤/٣، درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٩٣/٣.

الخليفة عمر بن عبد العزيز عمّالَه من تنفيذ ذلك إلا بعد إعلامه، وأخذ الإذن منه؛ لِما رأى من تغير حال الولاة، وتساهلهم في أمر القتل[١].

محمد عمر شفيق الندوي

* * *

(١) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٢٢٩.

رقم القاعدة: ٣١٥

نص القاعدة: الْأَحْكَامُ الـمُرَتَّبَةُ عَلَى الْعَوَائِدِ تَتْبَعُ الْعَوَائِدَ وَتَتَغَيَّرُ عِنْدَ تَغيُّرِهَا[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- الأمور العرفية تتغير بتغير العرف[٢].

٢- كل حكم مبني على عادة إذا تغيرت العادة تغير[٣].

٣- الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت، وتبطل معها إذا بطلت[٤].

٤- كل حكم مرتب على عرف وعادة يبطل عند زوال تلك العادة[٥].

٥- كل ما هو في الشريعة يتبع العوائد، يتغير الحكم فيه عند تغير العادة إلى ما تقتضيه العادة المتجددة[٦].

---

(١) الفروق للقرافي ٢٩/٣.

(٢) شرح مختصر خليل للخرشي ٣٨/٤.

(٣) الفروق للقرافي ١٠٣/٤، تبصرة الحكام لابن فرحون ١٣٤/٢.

(٤) الفروق للقرافي ١٧٦/١، إعلام الموقعين لابن القيم ٦٥/٣، تبصرة الحكام لابن فرحون٢/٧٣.

(٥) الذخيرة للقرافي ٥٨/١٠.

(٦) الإحكام في تمييـز الفتاوى عن الأحكام للقرافي ص ٦٧، ٦٨، تبصرة الحكام لابن فرحون ٧٤/٢، معين الحكام للطرابلسي ص ١٢٩.

٦- كلما تغيرت العادة في شيء تغير الحكم[1].

قواعد ذات علاقة :

١- العادة محكمة[2]. (أعم).

٢- تختلف الأحكام بحسب اختلاف الأزمان والأحوال[3]. (أعم).

٣- ما ورد به الشرع مطلقًا وليس له حد في الشرع ولا اللغة يرجع فيه إلى العرف والعادة[4]. (مكملة).

شرح القاعدة :

هذه القاعدة من أهم القواعد المتفرعة عن قاعدة: «العادة محكمة»، فهي تمثل مظهرًا من مظاهر التيسير ورفع الحرج في التشريع الإسلامي، وتبين مرونة الفقه الإسلامي وملاءمته لكل زمان ومكان، وقدرته على استيعاب كل المستجدات والمتغيرات.

ومعنى القاعدة : أن الأحكام الشرعية المستندة على الأعراف والعادات تدور معها وجودًا وعدمًا، فإذا تغيرت الأعراف والعادات بتغير احتياجات الناس وتغير نمط الحياة بتغير الزمان والمكان والأحوال، تتغير الأحكام الشرعية التي بنيت عليها، فيحل محلها أحكام جديدة مبنية على ما استجد من أعراف وعادات؛ دفعًا للحرج والضرر عن الناس.

---

(١) العناوين لعبدالفتاح المراغي ١/٢١٤. ووردت في القواعد والفوائد للعاملي ١/١٥٢ بلفظ: "يجوز تغير الأحكام بتغير العادات".

(٢) الأشباه والنظائر لابن السبكي ١/١٢، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٩، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٩٣، مجلة الأحكام العدلية، المادة: ٣٦ وشروحها، وانظرها في قسم القواعد الفقهية.

(٣) انظر: الذخيرة للقرافي ١٠/٤٦، التاج والإكليل للمواق ٦/١٧١، وانظرها في قسم القواعد الفقهية.

(٤) تكملة المجموع للسبكي ١٠/٢٢٠، وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "كل ما ورد به الشرع مطلقًا ولا ضابط له فيه ولا في اللغة يحكم فيه العرف".

وذلك لأنه «لو بقي الحكم على ما كان عليه أولاً للزم منه المشقة، والضرر بالناس، ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير، ودفع الضرر والفساد؛ لبقاء العالم على أتم نظام، وأحسن إحكام»[١].

وهذا ما قرره الإمام القرافي بقوله: «الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت، وتبطل معها إذا بطلت كالنقود في المعاملات، والعيوب في العروض والمبيعات، فلو تغيرت العادة في النقدين والسكة إلى سكة أخرى، لحمل الثمن في البيع عند الإطلاق على السكة التي تجددت العادة بها دون ما قبلها، وكذلك إذا كان الشيء عيبًا في الثياب في العادة رددنا به البيع، فإذا تغيرت تلك العادة وصار ذلك المكروه محبوبًا، موجبًا لزيادة الثمن، لم تُرد به، وبهذا القانون تعتبر جميع الأحكام المترتبة على العوائد، وتراعى الفتاوى على طول الأيام؛ فمهما تجدد العرف اعتبره، ومهما سقط أسقطه، ولا تجمد على المسطور في الكتب طول عمرك، بل إذا جاءك رجل من غير أهل إقليمك يستفتيك فلا تجره على عرف بلدك، واسأله عن عرف بلده، وأفته به، دون عرف بلدك، والمقرر في كتبك، فهذا هو الحق الواضح. والجمود على المنقولات أبدًا ضلال في الدين، وجهل بمقاصد علماء المسلمين، والسلف الماضيين»[٢].

وأكده ابن القيم بقوله: «وهذا محض الفقه، فمن أفتى الناس بمجرد المنقول في الكتب، على اختلاف عرفهم وعوائدهم وأزمنتهم وأمكنتهم وأحوالهم، فقد ضل وأضل، وكانت جنايته على الدين أعظم من جناية من طبب الناس كلهم على اختلاف بلادهم وعوائدهم وأزمنتهم وطبائعهم، بما في كتاب من كتب الطب»[٣].

---

(١) نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف لابن عابدين، المطبوع ضمن رسائل ابن عابدين ٢/١٢٥.

(٢) الفروق للقرافي ١/١٧٦ - ١٧٧ بتصرف يسير.

(٣) إعلام الموقعين لابن القيم ٣/٦٦.

ومجال هذه القاعدة إنما هو الأحكام الاجتهادية التي يكون العرف والعادة مناطًا للحكم الشرعي فيها دون غيرها[١]، وهي على قسمين:

الأول: أحكام مصدرها الاجتهاد، ولا نص فيها، فهي مستنبطة بطريق القياس أو المصلحة المرسلة، ومبنية على العرف والعادة؛ كالأحكام المبنية على ما يتعارفه الناس من وسائل التعبير وأساليب الخطاب، وما يتواضعون عليه من الأعمال والشؤون المخلة بالمروءات والآداب، وما يعتادونه مما لا حكم شرعيًا فيه من شؤون المعاملات، كعادة قبض الصداق قبل الدخول في النكاح.

الثاني: أحكام وردت بها النصوص الشرعية مطلقة، من غير تقدير بمقدار أو عدد أو تحديد بزمن أو صفة، كالقبض، والتراضي، والبيع، ونحوها؛ فمرد ذلك إلى الاجتهاد، والمحكَّم في تحديد مقاديرها وضبط صفاتها هو العرف والعادة، كما نصت عليه القاعدة: «ما ورد به الشرع مطلقًا وليس له حد في الشرع ولا اللغة يرجع فيه إلى العرف والعادة»[٢]، فإذا تغيرت العادة تغير الحكم بناء عليها[٣]. وهذا التغير إنما هو من باب دوران الأحكام مع مناطاتها، فأينما وجدت العلة وتحقق المناط في الحادثة وجد الحكم، وأينما انتفت العلة، ولم يتحقق المناط، انتفى الحكم، وليس ذلك تغييرًا لحقيقة الحكم وجوهره[٤].

أما الأحكام القطعية، المبنية على النصوص الشرعية التي لا مجال للاجتهاد فيها، كأصول الدين، والمبادئ العامة للشريعة، والأحكام التعبدية، والمقدرات الشرعية، وأصول الفرائض، وأصول المحرمات، ونحوها من الأحكام التي بينها الشارع وأكملها أصولاً وفروعًا، فهي غير قابلة للتغيير

---

(١) انظر: إغاثة اللهفان لابن القيم ١/ ٣٣٠ - ٣٣١.

(٢) تكملة المجموع للسبكي ١٠/ ٢٢٠.

(٣) انظر: المدخل الفقهي العام للزرقا ٢/ ٩٠٨.

(٤) انظر: ضوابط المصلحة للبوطي ص ٢٤٧.

إطلاقًا، مهما تغيرت الأعراف والعادات؛ لأنها لا تتأثر بالزمان والمكان والأحوال، فهي مجردة عن ذلك، وصالحة لكل زمان ومكان وإنسان.

وهذه القاعدة محل اتفاق بين الفقهاء، كما صرح بذلك الإمام القرافي بقوله: «الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت، وتبطل معها إذا بطلت، ... وهو تحقيق مجمع عليه بين العلماء لا اختلاف فيه»(١). وقال في الإحكام: «إن إجراء الأحكام التي مدركها العوائد مع تغير تلك العوائد، خلاف الإجماع، وجهالة في الدين، بل كل ما هو في الشريعة يتبع العوائد يتغير الحكم فيه عند تغير العادة إلى ما تقتضيه العادة المتجددة»(٢).

أدلة القاعدة:

١- لأنه لو بقي الحكم على ما كان عليه مع تغير العرف للزم منه المشقة، والضرر بالناس، ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ودفع الضرر والفساد، وذلك ممتنع في الشريعة(٣)، قال ابن القيم في فصل عقده بعنوان «تغير الفتوى واختلافها بحسب تغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات والعوائد»: «هذا فصل عظيم النفع جدًا، وقع بسبب الجهل به غلط عظيم على الشريعة أوجب من الحرج والمشقة وتكليف ما لا سبيل إليه ما يُعلم أن الشريعة الباهرة التي في أعلى رتب المصالح لا تأتي به. فإن الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد، وهي عدل كلها، ورحمة كلها ومصالح كلها، وحكمة كلها، فكل مسألة خرجت عن

---

(١) الفروق للقرافي ١/١٧٦ - ١٧٧ بتصرف يسير.

(٢) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام للقرافي ص ٢١٨.

(٣) انظر: نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف، المطبوع ضمن رسائل ابن عابدين ٢/١٢٥، أثر العرف في التشريع الإسلامي للسيد صالح عوض ص ٩٩.

العدل إلى الجور، عن الرحمة إلى ضدها، وعن المصلحة إلى المفسدة، وعن الحكمة إلى العبث، فليست من الشريعة»[١].

٢- الإجماع، قال الإمام القرافي: «القاعدة المجمع عليها: أن كل حكم مبني على عادة إذا تغيرت العادة تغير»[٢].

٣- قاعدة: «تختلف الأحكام بحسب اختلاف الأزمان والأحوال»[٣]، وأدلتها؛ فدليل الأصل دليل لفرعه.

تطبيقات القاعدة:

١- كانت العادة قديمًا في إنشاء الدور أن تبنى على نمطٍ واحد، فإذا أراد أحد شراء دار اكتفى برؤية بعض بيوتها أو غرفها فقط، ويسقط خيار الرؤية بذلك، فلما تقدم الزمن، وتغيرت العادة، وأصبحت الدور تبنى على أنماط مختلفة في الشكل والقدر، أفتى المتأخرون بأنه لا بد من رؤية جميع أجزاء الدور لسقوط الخيار[٤].

٢- ذهب الإمام أبو حنيفة – رحمه الله – إلى عدم جواز بيع النحل ودود القز؛ لأنه من الهوام، ولا يعد مالاً منتفعًا به، وذهب الإمام محمد بن الحسن إلى اعتبارهما مالاً، وجوز بيعهما، وتبعه في ذلك من أتى بعده؛ نظرًا لتغير العرف، حيث أصبح ينتفع بهما، وجرى التعامل على تمولهما[٥]، وهذا ما قرره ابن عابدين عند ذكر دود القرمز فقال:

---

(١) إعلام الموقعين لابن القيم ١١/٣.

(٢) الفروق للقرافي ١٠٣/٤. وانظر: الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام للقرافي ص ٢١٨.

(٣) انظر: الذخيرة للقرافي ٤٦/١٠، التاج والإكليل للمواق ١٧١/٦.

(٤) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٢٩٤/٥، مجمع الأنهر لشيخي زاده ٣٧/٢، درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٤٧/١-٤٨، شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٢٢٧.

(٥) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٤٩/٤، رد المحتار لابن عابدين ٦٨/٥، العرف والعادة لأحمد فهمي أبو سنة ص ١٣٦.

«فإن تمولها الآن أعظم؛ إذ هي من أعز الأموال»[(١)].

٣- لو كان هناك عرف متبع على أن تكون رسوم تسجيل العقد، أو مصاريف شحن البضاعة على البائع، ثم تغير العرف وأصبح ذلك على المشتري، فالعبرة فيما يستجد من معاملات بالعرف المتأخر[(٢)].

٤- لو حلف لا يأكل رأسًا، فهو على رؤوس البقر والغنم عند الإمام أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن ذلك كان هو المتعارف في زمانه، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: لا يحنث إلا في رؤوس الغنم خاصة؛ لتغير العرف في زمانهما[(٣)]، وهذا ما عبر عنه السرخسي: «وهذا اختلاف عصر وزمان، لا اختلاف حكم وبيان»[(٤)].

٥- إذا قال الرجل لامرأته: أنت خلية أو برية، أو وهبتك لأهلك يلزمه الطلاق الثلاث في المدخول بها عند الإمام مالك رحمه الله[(٥)]؛ بناء على أن هذا اللفظ اشتهر في إزالة العصمة، وإرادة الثلاث في العرف؛ أما الآن فهي من الكنايات الخفية إن قصد بها الطلاق لزم، وإلا فلا؛ لانتفاء العرف السابق[(٦)].

٦- تقدر النفقة للزوجة بحسب اليسار أو الإعسار بالمعروف الذي يعرفه الناس في حالهما نوعًا وقدرًا وصفة، وتتغير تبعًا لتغير العرف بتبدل الزمان والمكان[(٧)].

---

(١) رد المحتار لابن عابدين ٥/٦٨.
(٢) انظر: عقد البيع للزرقا ص ١١٣.
(٣) انظر: المبسوط للسرخسي ٨/١٧٨، الهداية للمرغيناني مع العناية للبابرتي ٥/١٢٧-١٢٨، تبيين الحقائق للزيلعي ٣/١٣٠.
(٤) انظر: المبسوط للسرخسي ٨/١٧٨.
(٥) انظر: المدونة لسحنون ٢/٢٨٨، المنتقى شرح الموطأ ٤/١١.
(٦) انظر: الإحكام للقرافي ص ٢٢٢-٢٢٥، الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي ٢/٣٧٩- ٣٨٠، تبصرة الحكام لابن فرحون ٢/٧٧.
(٧) انظر: فتح القدير لابن الهمام ٤/٣٨٢، الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٣/٢٢٨-٢٢٩.

٧- لما كان لون السواد في زمن الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه يُعد عيبًا؛ قال بأن الغاصب إذا صبغ الثوب بالسواد يكون قد عيّبه؛ فيضمن نقصانه، ثم بعد ذلك لما تغير عرف الناس، وأصبح الصبغ بالسواد حسنًا في زمن بني العباس؛ قال صاحباه: الصبغ بالسواد زيادة في الثوب(١).

٨- لو أُهدي إلى شخص شيء من التفاح أو غيره في صحن، فإنه يجب رد الصحن؛ لأنه يُرد عادة(٢)، أما إذا تبدل العرف لتطور أساليب الحياة أو غير ذلك فلا يلزم بردها، كما هو الحال في أيامنا، فإن العادة جرت بعدم رد الصحون أو الكؤوس المصنوعة من الورق أو المادة البلاستيكية الخفيفة(٣).

٩- يجوز بيع الحقوق المعنوية؛ كالعلامة التجارية، والاسم التجاري - الماركة المسجلة للبضائع، وحقوق التأليف والاختراع، ونحو ذلك؛ لأن تقويم الأشياء وتمولها مرده إلى عرف الناس، والحقوق المعنوية أصبح لها في العرف المعاصر قيمة مالية معتبرة، لتمول الناس لها(٤)، وبهذا صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي(٥).

١٠- اشترط الفقهاء لصحة العقد اتحاد المجلس حقيقة أو حكمًا عن طريق المراسلة التي ذكر فيها تفاصيل العقد بحسب العرف، أما الآن فإنه

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي ٥٤/١٩، بدائع الصنائع للكاساني ١٦١/٧، تبيين الحقائق للزيلعي ٢٣٠/٥، شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٢٢٧.

(٢) انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٤٦/١.

(٣) انظر: نظرية العرف للخياط ص ٩٦، العادة محكمة للباحسين ص ١٩٢.

(٤) انظر: موسوعة القواعد والضوابط الفقهية للندوي ١٨٦/١، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس ٢٢٦٧/٣.

(٥) انظر: قرارات مجمع الفقه الإسلامي ص ١٦٠.

يجوز إجراء العقود والتعامل بالبيع والشراء وغيرهما بين طرفين متباعدين مكانًا بآلات الاتصال الحديثة، كالهاتف أو الشبكة العنكبوتية - الانترنت - ونحوها، ويعتبر ذلك تعاقدًا بين حاضرين حكمًا؛ لجريان التعامل به في العصر الحاضر نتيجة للتطور الكبير في وسائل الاتصالات[١]، وبهذا صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي[٢].

محمد عمر شفيق الندوي

* * *

(١) انظر: الفقه الإسلامي وأدلته لوهبة الزحيلي ٤/٢٩٤٧، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السادس ٢/٧٨٥.

(٢) انظر: قرارات مجمع الفقه الإسلامي ص١٨١.



رقم القاعدة: ٣١٦

نص القاعدة: الثَّابِتُ بالعُرْفِ كالثَّابتِ بالنَّصِ[١].

ومعها :

الإذْنُ العُرْفيُّ كالإذْنِ اللفظِـيّ .

صيغ أخرى للقاعدة :

١- الثابت بدلالة العرف كالثابت بدلالة النص[٢].

٢- العرف كالنص[٣].

٣- الثابت بالعادة كالثابت بالنص[٤].

٤- المعلوم بالعرف كالمعلوم بالنص[٥].

---

(١) الحجة على أهـل المدينـة لمحمد بن الحسن الشيباني ١٦٧/٣، المبسوط للسرخسي ٤١/١٩، ٢٢٠/٣٠، شرح السير الكبير له ١٦٩/١ - ١٧٠، ٢٩٠، تبيين الحقائق للزيلعي ٢٦٠/٤، فتح القدير لابن الهمام ٣٢/٨، حاشية ابن عابدين ٣٦٤/٤.
وفي لفظ: "الثابت عرفًا كالثابت نصًا" فتح القدير ١٣٧/٦، ١٣٨/٦، القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير للدكتور علي الندوي ص ٤٨٥، وفي لفظ: "كالثابت ذكْرًا" المصدر نفسه. وفي لفظ آخر: " العرف يقوم مقام اللفظ " المجموع للنووي ١١٢/١٥. وفي لفظَ آخر: "العرف يقوم مقام النص الصريح " شرح المجلة للمحاسني ٣٠٢/١.

(٢) المبسوط للسرخسي ٢٢٧/٤.

(٣) البهجة شرح التحفة للتسولي ١٨٢/٢، الشرح الكبير، مع حاشية الدسوقي ٣٠١/٣.

(٤) المبسوط ٩٩/١٩. وفي لفظ: " الثابت عادة كالثابت نصًا " حاشية ابن عابدين ٤١٦/٣.

(٥) تبيين الحقائق للزيلعي ٢٨١/٤.

٥- الثابت بدلالة العرف كالثابت بدلالة النطق[١].

٦- كل ما دلت العادة عليه فهو كالمصرح به[٢].

٧- ما كان متعارفًا به كان في حكم المنطوق به[٣].

قواعد ذات علاقة :

١- العادة محكمة[٤]. (أعم).

٢- الدلالة تعمل عمل الصريح إذا لم يوجد صريح يعارضها[٥]. (أعم).

٣- المعروف عرفًا كالمشروط شرطًا[٦]. (أخص).

٤- الإذن العرفي كالإذن اللفظي[٧]. (أخص).

٥- مبنى الأيمان على العرف[٨]. (أخص).

٦- لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح[٩]. (مقيدة).

---

(١) القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير ص ٢٨٣.

(٢) شرح التنقيح للقرافي ١/٣٦٠. وفي لفظ: "العادة كالمنطوق " رمز الحقائق للعيني ٢/١٥٨. وفي لفظ آخر: "المتعارف كالمنطوق به" أحكام القرآن للجصاص ٣/٣١٤ – ٣١٥.

(٣) السيل الجرار للشوكاني ٣/١١٨. وفي لفـظ: "العرف الجــاري يقوم مقام القول" المغني لابن قدامة ٥/٥٦١.

(٤) هي من القواعد الكبرى التي لا يكاد يخلو منها كتاب من الكتب المؤلفة في القواعد، منها: أشباه السيوطي ص ٨٩، أشباه ابن نجيم ص ٧، وانظرها في قسم القواعد الفقهية.

(٥) ترتيب اللآلي لناظر زاده ٢/٧٠٣. وبنحوه في البحر الرائق لابن نجيم٢/٤، حاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح ١/٢٢٠، كشف الأسرار لعلاء الدين البخاري١/١٧٥. ولم ترد زيادة "إذا لم يوجد صريح يعارضها" في بعض المواضع مثل الهداية للمرغيناني ٤/٢٣٥، وانظرها في قسم القواعد الفقهية.

(٦) مجلة الأحكام العدلية، المادة ٤٣، وانظرها في قسم القواعد الفقهية.

(٧) مدارج السالكين لابن القيم ١/٣٨٩.

(٨) بدائع الصنائع للكاساني٦/٣١، وانظرها بلفظها في قسم الضوابط الفقهية.

(٩) شرح الخاتمة للقرق أغاجي، ص ٦٤، المجلة – وشروحها - المادة ١٣، شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ١٤١، المدخل الفقهي للزرقا ٢/٩٧٢، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو ٨/٨٩١، وانظرها في قسم القواعد الفقهية.

٧- لا عبرة بالعرف الطارئ[١]. (مقيِّدة).

٨- إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت[٢]. (مقيِّدة).

٩- الحرج مرفوع عن المكلف[٣]. (تعليل).

شرح القاعدة :

العرف في اصطلاح الفقهاء هو «ما تعارف عليه الناس واعتادوه في أقوالهم وأفعالهم حتى صار ذلك مطردًا أو غالبًا»[٤].

والمراد بالنص في هذه القاعدة كلام المكلف، لا كلام الشارع، كما يدل على ذلك بعض صيغ القاعدة المذكورة آنفًا في المتن والهامش[٥].

هذه القاعدة من القواعد المتفرعة من القاعدة الفقهية الكبرى: «العادة محكمة «وهي من القواعد الدالة على مدى سلطان العرف والعادة واعتبارهما

---

(١) أشباه السيوطي ص ٩٦، أشباه ابن نجيم ص ١٠١، وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "العرف إنما يعتبر إذًا كان مقارنًا لا لاحقًا".

(٢) أشباه ابن نجيم ص ٩٤، وانظرها في قسم القواعد الفقهية.

(٣) الموافقات للشاطبي ١٣٦/٢، وانظرها في قسم القواعد المقاصدية بلفظ: "الحرج مرفوع غير مقصود".

(٤) قواعد الفقه الإسلامي من خلال كتاب الإشراف للقاضي عبد الوهاب البغدادي للدكتور محمد الروكي ص ٢١٧. وانظر: أيضًا أصول الفقه للشيخ عبد الوهاب خلاف ص ٨٩.

(٥) كلمة "النص" في القاعدة يحتمل أن تشمل أيضًا نص الشارع، كما تدل عليه القاعدة الأخرى: "الثابت بالعرف ثابت – أو كالثابت – بدليل شرعي " المبسوط للسرخسي ١٤/١٣، درر الحكام ٤٦/١، ويدل عليه أيضًا ما ذكره الشيخ الزرقا – رحمه الله تعالى – في المدخل ٨٨٤/٢، والدكتور يعقوب الباحسين في رفع الحرج ص ٣٧١. لكن الناظر في كلام الفقهاء يلحظ أنهم يريدون بلفظ "النص" في هذه القاعدة نص المكلف، لذلك اقتصرنا عليه وحده في شرح القاعدة وسائر مباحثها، والله تعالى أعلم.

في الشريعة الإسلامية، ومعلوم أن العرف معتبر عند جميع الفقهاء في الجملة[١] ومفادها: أن ما كان ثابتًا ومعهودًا بين الناس، وجرى عليه التعامل فيما بينهم، وما تعارفوا عليه، من أقوال أو أفعال، في عقودهم ومعاملاتهم والتزاماتهم وسائر تصرفاتهم فهو كالمصرح به، المنصوص عليه من حيث اعتباره وبناء الأحكام الشرعية عليه. وبناءً على ما تقدم فإن العرف ينقسم – من حيث سببه – إلى عرف قولي، وعرف عملي:

- العرف القولي: هو «أن يشيع بين الناس استعمال بعض الألفاظ أو التراكيب في معنى معين، بحيث يصبح ذاك المعنى هو المفهوم المتبادر منها إلى أذهانهم عند الإطلاق، بلا قرينة ولا علاقة عقلية»[٢].

- أما العرف العملي فهو ما اعتاده الناس من الأفعال العادية، أو المعاملات المدنية.

والأفعال العادية هي الأفعال الشخصية كالأكل والشرب واللبس والزرع ونحو ذلك. والمعاملات المدنية يراد بها التصرفات التي يقصد منها إنشاء الحقوق بين الناس أو إسقاطها أو استيفاؤها، سواء أكانت عقودًا أم غيرها، كالنكاح والبيع والإبراء والقبض ونحو ذلك، فهذه العادات تجري مجرى النطق بالعبارات الدالة على مضمونها.

كما ينقسم العرف – من حيث من يصدر عنه – إلى عرف خاص وعرف عام.

- فالعرف العام: هو ما يكون فاشيًا في جميع البلدان الإسلامية.

---

(١) انظر: العرف والعادة لأبي سنة ص ٢٣، أصول الفقه لأبي زهرة ص ٢٥٤ – ٢٥٥.

(٢) المدخل الفقهي العام للزرقا ٨٧٥/٢، وانظر أيضًا: الفروق للقرافي ١٧١/١، العرف والعادة في رأي الفقهاء لأبي سنة ص ١٨.

- والعرف الخاص: ما كان مخصوصًا ببلد دون بلد، أو مكان دون آخر، أو بفئة من الناس دون سواها[١].

ويشترط لإعمال هذه القاعدة نفس الشروط التي يجب توافرها في اعتبار العرف والعادة، من عدم وجود التصريح بخلاف العرف، وعدم معارضته للثابت شرعًا، ونحو ذلك من الأمور، وقد تقدمت الإشارة إليها عند القاعدة الأم: «العادة محكمة».

ومع أن فروع هذه القاعدة تمتد في شتى أبواب الفقه «وقلما يوجد باب من أبواب الفقه لا يكون للعرف مدخل في أحكامه، حتى باب الجرائم والعقوبات»[٢]. إلا أن المجال الرئيس لإعمال هذه القاعدة إنما هو ما يجري بين الناس من الشروط العرفية في عقودهم ومعاملاتهم، ولعل هذا ما أدى ببعضهم إلى أن يجعلوا هذه القاعدة في معنى القاعدة الأخرى: «المعروف عرفًا كالمشروط شرطًا» لكن الواقع أن بينهما خصوصًا وعمومًا مطلقًا، بحيث إن القاعدة التي بين أيدينا تعم الشرط، والإذن والمنع.

وهذه القاعدة معتبرة – في الجملة – عند جميع الفقهاء الذين قالوا بحجية العرف بشروطه.

أدلة القاعدة[٣]:

١- قوله تعالى: ﴿لَّيْسَ عَلَى ٱلْأَعْمَىٰ حَرَجٌ وَلَا عَلَى ٱلْأَعْرَجِ حَرَجٌ وَلَا عَلَى ٱلْمَرِيضِ حَرَجٌ وَلَا عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمْ أَن تَأْكُلُوا۟ مِنۢ بُيُوتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ ءَابَآئِكُمْ﴾

---

(١) انظر: أمثلة هذه الأقسام في المدخل الفقهي العام للزرقا ٢/٨٧٧، ٨٧٨، العرف والعادة لأبي سنة ص ١٩- ٥٠.

(٢) المدخل الفقهي العام ٢/٨٧٩.

(٣) هذه القاعدة تدل لها أدلة كثيرة، لأن جميع أدلة قاعدة "العادة محكمة" أدلة لهذه القاعدة، لكنا نقتصر منها على أبرز الأدلة التي هي أنص وأوضح دلالة على القاعدة التي بين أيدينا.

إلى قوله تعالى: ﴿أَوْ صَدِيقِكُمْ﴾ [النور-٦١]. ووجه الدلالة من الآية أنها أباحت الأكل مما جرت العادة بأكله من بيت الأقرباء والأصدقاء من غير إذنهم؛ لأنهم يأذنون في ذلك ويرضون به عادةً، فيكون المتعارف عليه والمعتاد من ذلك كالمنطوق به[١].

٢- حديث عائشة رضي الله عنها: «أن هند بنت عتبة رضي الله عنها، قالت: يا رسول الله، إن أبا سفيان رجل شحيح، وليس يعطيني وولدي إلا ما أخذت منه، وهو لا يعلم، فقال: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»[٢].

قال الحافظ ابن حجر - رحمه الله تعالى: «فيه اعتماد العرف في الأمور التي لا تحديد فيها من قبل الشرع»[٣]. وقد بوب البخاري لهذا الحديث أبوابًا متعددة، منها قوله في كتاب البيوع: «باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم في البيوع والإجارة والكيل والوزن وسننهم على نياتهم ومذاهبهم المشهورة»[٤]. قال بعض شراح الصحيح: «مقصوده بهذه الترجمة إثبات الاعتماد على العرف وأنه يقضي به على ظواهر الألفاظ»[٥].

---

(١) انظر: أحكام القرآن للجصاص ٥/١٩٨.
وجواز الأكل من طعام هؤلاء من غير استئذانهم مقيد بما إذا كان الطعام مبذولاً، أو كان يعلم أن نفس صاحبه تطيب به، وإلا فلا يحل، والله أعلم. انظر: تفسير القرطبي ١٢/١٥ - ١٦.

(٢) رواه البخاري ٣/٧٩ (٢٢١١) ومواضع أخر، ومسلم ٣/١٣٣٨ (١٧١٤) من حديث عائشة رضي الله عنها.

(٣) فتح الباري لابن حجر العسقلاني ٩/٥١٠، ونحوه في شرح النووي على صحيح مسلم ١٢/٨، وقواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ١/٦١.

(٤) صحيح البخاري ٣/٧٨-٧٩.

(٥) الحافظ ابن حجر في فتح الباري ٤/٤٧٤ نقلاً عن العلاّمة ابن المنير في كتابه المتواري على تراجم أبواب البخاري ص ٢٤٦.

٣- حديث عروة بن الجعد البارقي – رضي الله تعالى عنه - أن النبي ﷺ «أعطاه دينارًا يشتري له به شاة فاشترى له به شاتين فباع إحداهما بدينار وجاءه بدينار وشاة فدعا له بالبركة في بيعه»[١].

وجه الدلالة من الحديث بينه الإمام ابن القيم – رحمه الله تعالى – بقوله: «فباع وأقبض وقبض – يعني عروة – بغير إذن لفظي، اعتمادًا على الإذن العرفي الذي هو أقوى من اللفظي في أكثر من موضع»[٢].

٤- قاعدة «العادة محكمة» وأدلتها؛ لأنها أصل لهذه القاعدة، وأدلة الأصل أدلة الفرع.

تطبيقات القاعدة:

أولاً: التطبيقات التي هي أحكام جزئية:

١- لو حلف الإنسان أن لا يضع قدمه في دار فلان انصرفت اليمين إلى معنى دخول الدار؛ فلو دخلها راكبًا دون أن تمس قدمه أرضها يحنث في يمينه شرعًا، وتجب عليه الكفارة، ولو مد رجله من خارجها فوضعها فيه دون أن يدخل لا يحنث؛ لأن المراد بوضع القدم عرفًا هو الدخول، والثابت بالعرف كالثابت بالنص[٣].

٢- إن حلف لا يأكل اللحم لم يحنث إن أكل سمكًا؛ لدلالة العرف والعادة بأن اللحم غير السمك[٤].

---

(١) رواه البخاري في صحيحه ٤/٢٠٧ (٣٦٤٢).

(٢) إعلام الموقعين لابن القيم ٢/٤٤٩.

(٣) انظر: الدر المختار للحصكفي ٣/٨٤، المدخل الفقهي العام للزرقا ٢/٨٨١.

(٤) انظر: المنثور للزركشي ٣/١٣٠، شرح النيل لأطفيش ٤/٣٠٥.

٣- إذا وقف شخص على جيرانه، أو أوصى بهم، ولم يعرف مقصوده من مسمى الجيران، فيرجع فيه إلى العرف[١].

٤- لو زوج الأب ابنه الصغير، وأدى الأب المهر من مال نفسه، فلا رجوع له على ابنه استحسانًا؛ لتحمله عنه عادةً بلا طمع في الرجوع، والثابت بالعرف كالثابت بالنص، إلا إذا شرط الرجوع في أصل الضمان فيرجع، لأن الصريح يفوق الدلالة[٢].

٥- من مات ولم يوص على أولاده الصغار، وكان العرف جاريًا بأن يتولى أمر الأيتام أحد أقربائهم - مثل أخ لهم كبير، أو جد، أو عم - جاز لمن يتولى أمرهم، أن يتصرف في أموالهم لمصلحتهم؛ لأن العرف الجاري بتولية أمر اليتيم والنظر في شأنه كالنص على وصايته[٣].

٦- من أحاط أرضه بسياج، فلا يجوز لغيره استعمالها بغير إذن مالكها؛ لأن تسييج الأرض المملوكة يدل على منعها من استعمال الغير لها عرفًا، والثابت بالعرف كالثابت بصريح اللفظ[٤].

---

(١) مجموع الفتاوى لابن تيمية ٤١٥/٣٠.

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي ٢٢٧/٤، وراجع أيضًا: كشف اللثام للفاضل الهندي ٩١/٢.

(٣) انظر: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي عليه ٣٠١/٣.

(٤) انظر: العرف والعادة لأبي سنة ص ٥١.

ثانيًا : التطبيقات التي هي قواعد فقهية :

٣١٧ ـ نص القاعدة: الإِذْنُ العُرْفِيُّ كالإِذْنِ اللَّفْظِيِّ[١].

ومن صيغها :

١- الإذن العرفي كاللفظي[٢].

٢- الإذن العرفي كالإذن الحقيقي[٣].

٣- الإذن العرفي – في الاستباحة أو التملك أو التصرف بطريق الوكالة– كالإذن اللفظي[٤].

٤- دلالة الإذن من حيث العرف كالتصريح بالإذن[٥].

٥- المأذون عرفًا كالمأذون نطقًا[٦].

شرح القاعدة :

معنى هذه القاعدة معنى القاعدة الأم، إلا أنها تختص بمجال الإذن العرفي دون غيره من مجالات تلك القاعدة، أي: أن ما تعارف عليه الناس في إباحة شيء أو تمليكه أو التصرف فيه بدون إذن صريح ممن يملك الإذن فيه، فإن الإذن العرفي في ذلك يُنزَّل منزلة الإذن اللفظي ويجري مجراه في ترتب الأحكام عليه.

---

(١) مدارج السالكين لابن القيم ٣٨٩/١.

(٢) المصدر السابق ٣٨٨/١، الفرائد البهية للأهدل ص ٢٩.

(٣) مغني ذوي الأفهام لابن عبد الهادي ص ١٨٧.

(٤) القواعد النورانية لابن تيمية ص ١١٤، ١١٥.

(٥) المبسوط للسرخسي ٧/٢٤.

(٦) المغني لابن قدامة ٣٣٢/٨. وفي لفظ: " الإذن العرفي يقوم مقام الإذن الحقيقي" المصدر نفسه ٣٠١/٤.

تطبيقات القاعدة :

١- لو أدى زكاة الفطر عن أولاده الكبار، أو عن زوجته بغير أمرهم أجزأه استحسانًا لثبوت الإذن عرفًا، والإذن الثابت عرفًا كالثابت نصًا[١].

٢- يجوز للصديق - وهو في بيت صديقه - أن يأكل مما يجد أمامه، وأن يستعمل بعض الأدوات للشرب ونحوه بلا إذن صاحب البيت. فلو انكسرت الآنية - مثلاً - أثناء استعماله المعتاد لا يكون ضامنًا لها شرعًا؛ لأنه لم يعتبر متعديًا؛ إذ إن هذا التصرف مباح له ومأذون فيه عرفًا، والإذن الثابت بالعرف كالثابت بالنص[٢].

٣- لو رأى السيل يمر بدار جاره، فبادر ونقب حائطه وأخرج متاعه فحفظه عليه جاز ذلك، ولم يضمن نقب الحائط. وكذلك لو وقعت النار في دار جاره فهدم جانبًا منها على النار لئلا تسري إلى بقيتها، لم يضمن؛ لأنه مأذون في ذلك عرفًا[٣].

٤- يجوز للمرأة أن تتصدق من مال الزوج بالشيء اليسير؛ لأن الإذن في مثل ذلك ثابت لها بالعرف، والإذن العرفي يقوم مقام الإذن الحقيقي[٤].

٥- يجوز للأب، إذا مرض ابنه، وللابن إذا مرض أبوه، أن يأخذ كل منهما من مال الآخر بلا إذنه الأشياء اللازمة للمريض من ماله؛ لأن

---

(١) انظر: العناية للبابرتي٢/٢٨٦.

(٢) انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٢/٤٤٢، المدخل الفقهي العام للزرقا ٢/٨٨٨.

(٣) انظر: إعلام الموقعين لابن القيم ٢/٤١٣.

(٤) انظر: أحكام إذن الإنسان لمحمد علي عبد الرحيم ١/١١٤، العرف لعادل قوته ٢/٧١٣، القواعد الفقهية من خلال كتاب المغني لعبد الواحد الإدريسي ص ٢١٢.

الإذن ثابت باعتبار العرف والعادة فيما يحتاج إليه من الطعام والدواء فصار كالمصرح به. وكذلك لو مرض أحد رفقاء السفر في الطريق جاز أن يشتري الباقون للمريض ما يلزمه؛ لجريان العرف في الإذن بذلك[١].

د. محمد خالد عبد الهادي هدايت

* * *

---

(١) انظر: درر الحكام لعلي حيدر ٢/٤٤٢.

رقم القاعدة: ٣١٨

نص القاعدة: كُلُّ مَا وَرَدَ بِهِ الشَّرْعُ مُطْلَقًا، وَلَا ضَابِطَ لَهُ فِيهِ، وَلَا فِي اللُّغَةِ يُحَكَّمُ فِيهِ الْعُرْفُ[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- ما لا حد له في الشرع ولا في اللغة يرجع فيه إلى العرف[٢].

٢- ما رتب عليه الشرع حكمًا، ولم يحد فيه حدا: يرجع فيه إلى العرف[٣].

٣- الأصل فيما ورد مطلقًا من غير توقيف أن يتلقى من أهل العرف[٤].

---

(١) المنثور للزركشي ٢/٣٩١، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٨. ووردت في تكملة المجموع للسبكي ١٠/٢٢٠ بلفظ: "ما ورد به الشرع مطلقًا، وليس له حد في الشرع ولا اللغة: يرجع فيه إلى العرف والعادة"، ووردت في المغني لابن قدامة ١/١٨٩ بلفظ: "ما ورد في الشرع مطلقًا من غير تحديد، ولا حد له في اللغة، ولا في الشريعة، فيجب الرجوع فيه إلى العرف والعادة"، وبلفظ قريب منه في فتح العزيز للرافعي ٢/٤١٠، والبيان للعمراني ١٢/٤٤٤.

(٢) تهذيب الفروق للمالكي ١/١٩٠، حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع ١/٤٢٩. ووردت في الكافي لابن قدامة ٢/٥٥، وكشاف القناع للبهوتي ٣/٢٦٣ بلفظ: "ما لا حد له في الشرع يرد إلى العرف". ووردت في القواعد النورانية لابن تيمية ص ١١١، الفتاوى الكبرى له ٤/١٢ بلفظ: "ما لم يكن له حد في اللغة ولا في الشرع، فالمرجع فيه إلى عرف الناس". ووردت في حاشية قليوبي على المحلي ١/٢٧٦ بلفظ: "ما لا ضابط له لغة ولا شرعًا فمرجعه العرف ".

(٣) إحكام الأحكام لابن دقيق العيد ٢/٢٨٦.

(٤) المنثور للزركشي ٢/٣٩٦.

٤- ما لم يتقدر في الشرع ولا في اللغة كان تقديره مأخوذًا من العرف[١].

٥- كل أمر احتيج إلى تحديده ولم يرد في الشرع تحديده فإن الرجوع فيه إلى العرف والعادة[٢].

٦- كل ما ورد به الشرع مطلقًا، ولا بد من تقديره، ولم يكن له أصل في الشرع، ولا في اللغة: رجع فيه إلى العرف والعادة[٣].

٧- الشيء إذا لم يكن له حد في الشرع اعتبر بالعرف[٤].

قواعد ذات علاقة:

١- العادة محكمة[٥]. (أعم).

٢- مطلق الكلام ينصرف إلى المتعارف[٦]. (أعم).

٣- ما لا تقدير فيه شرعًا يرجع فيه إلى الوجود[٧]. (أخص).

---

(١) الحاوي للماوردي ٧/٤٨٦.

(٢) المنتقى شرح الموطأ لأبي الوليد الباجي ١/١٢٢ - ١٢٣.

(٣) البيان للعمراني ١/٣٤٣-٣٤٤.

(٤) شرح البهجة الوردية للأنصاري ٢/٤١٥.

(٥) الأشباه والنظائر لابن السبكي ١/١٢، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٩، المجموع المذهب للعلائي ١/٣٩٩، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٩٣، مجلة الأحكام العدلية، المادة: ٣٦، وانظرها في قسم القواعد الفقهية.

(٦) بدائع الصنائع للكاساني ١/١١٢. ووردت في تبيين الحقائق للزيلعي ١/٤١، العناية شرح الهداية للبابرتي ٨/٣٧١ بلفظ: "المطلق ينصرف إلى المتعارف". ووردت في المغني لابن قدامة ٥/٢٧٩ بلفظ: "الإطلاق يحمل على المعتاد"، وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "مطلق الكلام محمول على المتعارف".

(٧) شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٣/١٩٣، وهو في المغني ٨/٩٨ بلفظ: "ما لا نص فيه، يرجع فيه إلى الوجود"، وانظرها في قسم القواعد الفقهية.

٤- الشرط بين الناس ما عدوه شرطا[١]. (أخص).

٥- كل ما عده الناس بيعا فهو بيع[٢]. (أخص).

شرح القاعدة:

هذه القاعدة تمثل جانبًا مهمًا من جوانب تحكيم العرف والعادة في الشريعة، وهو بيان حد الألفاظ والمسميات الشرعية التي ليس لها ضابط في الشرع، ولا في اللغة.

ومعنى القاعدة: أن كل ما رتب عليه الشرع حكمًا، ولم يحد فيه حدًا، بل أطلقه من غير تقدير أو تقييد بصفة أو عدد أو غيره، ولم يكن له ضابط في اللغة؛ فإنه يرجع في ضبطه وتحديده إلى عرف الناس وعاداتهم الجارية بينهم؛ سواء أكان ذلك مما ورد النص به أو ثبت بالاستنباط منه، فمن الأول لفظ البيع ورد مطلقًا في كلام الشارع دون تحديد أو تقييد بصفة معينة، فيرجع في ذلك إلى العرف، فكل ما عده الناس بيعًا فهو بيع، وينعقد عند كل قومٍ بما يفهمونه بينهم من الصيغ والأفعال، فمن دخل متجرًا، وأخذ سلعة، ودفع ثمنها بدون تلفظ من أحدهما بالإيجاب والقبول صح البيع، ومن وضع النقود في آلة بيع المرطبات والمأكولات الخفيفة، وأخرجت له الآلة حاجته فأخذها كان بيعًا. ومن الثاني الحرز الذي جعله الفقهاء شرطًا لثبوت حد السرقة بالاستنباط من النصوص الشرعية، حيث لم يرد له تحديد في الشرع، ولا في اللغة فيرجع فيه إلى العرف.

---

(١) الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٥/٤٥٠، كشاف القناع للبهوتي ٥/٣٨.

(٢) الفروق للقرافي ٣/١٤٣، المجموع للنووي ٩/١٩١، الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٤/٦، وانظرها في قسم الضوابط الفقهية بلفظ: "ينعقد البيع بما يعده الناس بيعًا".

وبهذا يتبين أن هذه القاعدة تؤكد سماحة الإسلام ويسر تشريعاته، فالشريعة علقت الأحكام بتلك الألفاظ والمصطلحات، لكنها جعلتها مطلقة، وتركت المجال رحبًا في تحديدها وتقديرها بما يحقق المقصود منها في كل زمان ومكان بحسب أعرافهم وعاداتهم؛ رحمة بالعباد، وتيسيرًا عليهم، ورعاية لمصالحهم، وذلك لأنها «تختلف باختلاف الأعراف، والأزمان والأماكن، فكان طريق تحصيل مصلحتها الإحالة على العرف»[١]؛ إذ لو ألزم الناس فيها بصفة معينة، وقدر معين لوقعوا في المشقة والحرج.

والأسماء التي علق الشرع عليها أحكامًا لا تخلو من أقسام ثلاثة[٢]:

الأول: ما له حد في اللغة؛ كالشمس والقمر والبر والبحر والليل والنهار، فمن حمل هذه الأسماء على غير مسمّاها فقد تعدّى حدودها.

الثاني: ما له حد في الشرع؛ كالصلاة والصيام والحج والزكاة والإيمان والإسلام والتقوى ونظائرها، وما حده الشرع لا تجوز الزيادة فيه ولا النقصان.

الثالث: ما ليس له حد لا في اللغة، ولا في الشرع، فيرجع في حده إلى عادة الناس وعرفهم، ويتنوع بحسب عادتهم؛ كالقبض، والتفرق الملزم للبيع، والنفقة الواجبة، والتراضي المسوِّغ لحلّ التّجارة، وكذلك العقود من البيع، والإجارة، والهبة، وغيرها من الأمور التي لم يحدها الشارع بحد، ولا ضابط لها في اللغة. وهذا القسم هو مجال القاعدة التي بين أيدينا.

وهذه القاعدة قد تبدو لأول وهلة مخالفة لقول الأصوليين «إذا تردد اللفظ بين المسمى العرفي والمسمى اللغوي، فإنه يقدم العرفي على اللغوي»[٣]، وعند

---

(١) مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاقتها بالأدلة الشرعية لليوبي ص ٦٠٩.

(٢) انظر: مجموع الفتاوى لابن تيمية ١٩/٢٣٥ - ٢٣٦، إعلام الموقعين لابن القيم ١/٢٠٢-٢٠٣.

(٣) إرشاد الفحول للشوكاني ٢/٢٣.

التأمل يتبين أن القولين لم يتواردا على محل واحد، فقاعدتنا تتعلق بضبط المقادير والصفات التي أطلقها الشارع، ولم يحدها بحد معين، مع وضوح معاني هذه الألفاظ في اللغة، كالنفقة والبيع والهبة، فمع اشتهار معانيها لم يضبطها الشارع بصفة معينة أو قدر معين، بخلاف ما يبحثه الأصوليون في باب الحقيقة بأنواعها الثلاثة: اللغوية والشرعية والعرفية؛ فمقصودهم: تقديم المعنى العرفي على اللغوي عند حصول التعارض بينهما؛ فلفظ «الغائط في اللغة: اسم للمكان المطمئن من الأرض في الفضاء، ثم اشتهر في نفس الخارج من الإنسان، وصار إطلاقه عليه حقيقة عرفية، والحقيقة العرفية مقدمة على الحقيقة اللغوية، فيحمل إطلاقه عليها»[1]. وهذا ما قرره السبكي بقوله: «فإن قلت: من المشهور على ألسنة الفقهاء: أن ما ليس له حد في الشرع، ولا في اللغة يرجع فيه إلى العرف، وهذا صريح في تأخير العرف عن اللغة، وقد قضيتم في الأصول بتقديمه، فهل هما متواردان على محل واحد حتى يلزم الاختلاف؟، أو كيف الحال؟

قلت: قال أبي[2] - رحمه الله - في «شرح المهذب»: مراد الأصوليين: إذا تعارض معناه في العرف ومعناه في اللغة. ومراد الفقهاء: إذا لم يعرف حده في اللغة، فإنما نرجع فيه إلى العرف، ولهذا قالوا: كل ما ليس له حد في اللغة، ولم يقولوا: ليس له معنى، فالمراد أن معناه في اللغة لم ينصوا[3]. على حده بما يبينه، فيستدل بالعرف عليه»[4].

والقاعدة محل اتفاق بين عامة الفقهاء، كما يتبين ذلك من ورودها بلفظها أو معناها في كتبهم، ولم نقف على خلاف فيها، ولا يؤثر في ذلك الاختلاف في بعض فروعها.

---

(١) حاشية السندي على صحيح البخاري ١/ ٧٠. بتصرف يسير.
(٢) والده هو: تقي الدين علي بن عبد الكافي بن علي السبكي، من فقهاء الشافعية، توفي سنة ٧٥٦.
(٣) هكذا في المطبوع، ولعل الصواب: لم ينص.
(٤) رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب لتاج الدين السبكي ٣/ ٤١٠.

أدلة القاعدة:

١- ما روته عائشة - رضي الله عنها - «أن هندًا بنت عتبة، قالت: يا سول الله ﷺ، إن أبا سفيان رجل شحيح، فهل علي جناح أن آخذ من ماله سرًا؟ قال: «خذي أنت وبنوك ما يكفيك بالمعروف»[(١)]. قال الإمام النووي رحمه الله: في هذا الحديث فوائد منها: «اعتماد العرف في الأمور التي ليس فيها تحديد شرعي»[(٢)].

قاعدة: «العادة محكمة»[(٣)] وأدلتها؛ لأن دليل الأصل دليل لفرعه.

تطبيقات القاعدة:

١- يشترط لصحة جمع التقديم بين الصلاتين المشتركتين في الوقت: الموالاة؛ وذلك بأن لا يطول الفصل بينهما، أما إن كان الفصل يسيرًا فلا يمنع الجمع، والمرجع في تقدير اليسير والكثير إلى العرف[(٤)]؛ لأن ما ورد به الشرع مطلقًا وليس له حد في الشرع، ولا اللغة يرجع فيه إلى العرف والعادة.

٢- العقود من البيع والإجارة والهبة والوقف وغيرها، لم يجعل الشارع لها صيغًا معينة، وليس لها حد في لغة العرب، فوجب الرجوع في حدها إلى العرف، فكل «ما عده الناس بيعًا فهو بيع، وما عدوه إجارة فهو إجارة، وما عدوه هبة فهو هبة، وما عدوه وقفًا فهو وقف، ولا

---

(١) رواه البخاري ٧٩/٣ (٢٢١١) ومواضع أخر، ومسلم ١٣٣٨/٣ (١٧١٤) من حديث عائشة رضي الله عنها.

(٢) شرح صحيح مسلم للنووي ٨/١٢.

(٣) الأشباه والنظائر لابن السبكي ١/٥٠، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٨٢، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٩٣، مجلة الأحكام العدلية، المادة: ٣٦.

(٤) انظر: تحفة المحتاج للهيتمي ٣٩٧/٢، نهاية المحتاج للرملي ٢٧٧/٢، المغني لابن قدامة ٦٠/٢، ٦١.

يعتبر فيه لفظ معين»[١]؛ لأن ما ورد به الشرع مطلقًا، وليس له حد في الشرع ولا اللغة يرجع فيه إلى العرف والعادة.

٣- يحق للمشتري رد المبيع بوجود عيب فيه ينقص قيمته، والمرجع في معرفة هذا النقص هو عرف أهل الشأن، وهم التجار، فكل ما أوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب[٢]؛ لأن ما ورد به الشرع مطلقًا وليس له حد في الشرع ولا اللغة يرجع فيه إلى العرف والعادة.

٤- تملك الأرض الموات بإحيائها، ويختلف ذلك بحسب الغرض منه؛ فالإحياء لزريبة الدواب يحصل بالتحويط بالبناء بآجر أو لبن، أو غيرهما بحسب العادة، والإحياء للسكنى يحصل بذلك وتسقيف شيء من المحيا ليتهيأ للسكنى وليقع عليه اسم المسكن، بحسب المتعارف[٣]؛ لأن ما ورد به الشرع مطلقًا وليس له حد في الشرع ولا اللغة يرجع فيه إلى العرف والعادة.

٥- ينبغي للزوجة أن تخدم زوجها في تجهيز الطعام والشراب، وتنظيف المنزل، وغسل الثياب، ونحو ذلك، الخدمة المعروفة من مثلها لمثله؛ ويتنوع ذلك بتنوع الأحوال والعادات، فخدمة البدوية ليست كخدمة الحضرية، وخدمة القوية ليست كخدمة الضعيفة[٤]؛ وما لم يكن له حد في اللغة ولا في الشرع، فالمرجع فيه إلى عرف الناس.

٦- إذا كان للعميل حساب لدى المصرف بالريال السعودي، فأمر المصرف بقيد مبلغ منه بحسابه الخاص بالدولار، بناء على عقد

---

(١) الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٥/٩٤.

(٢) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٥/٢٧٤، الهداية للمرغيناني مع العناية للبابرتي ٦/٣٥٧، مجمع الأنهر لشيخي زاده ٢/٤١، المغني لابن قدامة ٤/١١٣.

(٣) انظر: أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٢/٤٤٨، تحفة المحتاج للهيتمي ٦/٢١١، البحر الزخار لأحمد المرتضى ٥/٧٢.

(٤) انظر: الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٣/٢٣٣.

صرف ناجز تم بينه وبين المصرف، فيقتطع المصرف المبلغ الذي اشترى به من حساب العميل، ثم يدخل في حسابه ما يقابله من الدولارات بالسعر الحاضر، فيعتبر القيد المصرفي في هذه الحالة قبضًا حكميًا[١]؛ لأن القبض ورد مطلقًا في الشرع، وما كان كذلك يرجع فيه إلى العرف والعادة[٢].

٧- الحرز في السّرقة لم يرد له تحديد في الشّرع ولا في اللغة، فيرجع فيه إلى العرف، وهو يختلف باختلاف الأشياء المحروزة، وباختلاف البيئات وعادات النّاس، فما اعتبرته العادة العامّة حرزًا فتقطع اليد بسرقة ما فيه، وما لا فلا؛ لأن ما ورد به الشرع مطلقًا وليس له حد في الشرع ولا اللغة يرجع فيه إلى العرف والعادة[٣].

٨- صلة الرحم واجبة شرعًا، لكن الشارع الحكيم لم يبين نوعها، ولا جنسها، ولا كيفيتها، ولا مقدارها، فالرجوع فيها إلى العرف، فما تعارف الناس عليه أنه صلة فهو صلة، وما تعارفوا عليه أنه قطيعة فهو قطيعة، وذلك يختلف باختلاف الأشخاص والأحوال والأزمنة، وبحسب القرابة من الشخص، فهي قد تحصل بالتفقد بالزيارة والإهداء، والإعانة بالقول والفعل، وبالتواصل بالرسالة أو بوسائل الاتصال الحديثة، ونحو ذلك[٤].

محمد عمر شفيق الندوي

* * *

---

(١) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، العدد ٦، ١/٧٣٣، قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي ص ١٨٤، تطوير الأعمال المصرفية لسامي حمود ص ٣١٦.

(٢) انظر: المجموع للنووي ٩/٣٣٣، المغني لابن قدامة ٤/٩٠، الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٤/١٤.

(٣) انظر: المنثور في القواعد للزركشي ٢/٣٩١، الأشباه للسيوطي ص ٩٨، المجموع للنووي١/٣١٥، البيان للعمراني ١٢/٤٤٤.

(٤) انظر: تفسير روح البيان لإسماعيل حقي الخلوتي ٤/٣٦٤، فيض القدير للمناوي ٦/٤٤٨، التعليق على قواعد السعدي لابن عثيمين ص ٩٩.

رقم القاعدة: ٣١٩

نص القاعدة : الْعُرْفُ كَالشَّرْطِ[(١)] .

صيغ أخرى للقاعدة[(٢)] :

١- المعروف عرفًا كالمشروط شرطًا[(٣)].

---

(١) البيان والتحصيل لابن رشد الجد ٢٧٣/٧، الذخيرة للقرافي ٢١٣/٦، ٢١٤، أدب القاضي للماوردي ١٨٠/٢، شرح الزرقاني ١٣٣/٦، ١٠٣/٨، المعيار المعرب للونشريسي ٢٦/٤، الشرح الكبير للدردير ٤٣٩/٣، منح الجليل للشيخ محمد عليش ٤٨٥/٣، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/٤، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني ٢٥٧/٢، التاج والإكليل لمختصر خليل للمواق ٤٢٦/٥، بلغة السالك لأقرب المسالك للصاوي ٤٦٧/٣، ٤٨١، البهجة في شرح التحفة للتسولي ٤٤٢/١، ٢٦٥/٢، شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ٤٠٣/٧.

(٢) وقد ورد لهذه القاعدة صيغ أخرى، ما يدل على أهميتها وكثرة تداولها بين الفقهاء، فمن ذلك غير ما ذكر:

العرف المطرد على حال جار مجرى الشرط بالمقال. الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٢٩٤/٦.

المشروط عرفا كالمشروط لفظًا. زاد المعاد لابن القيم ٩٨/٥.

المعلوم بالعادة كالمشروط بالنص. المبسوط للسرخسي ٢٠٩/٢٣.

المعلوم بحكم العادة كالمشروط. المغني لابن قدامة ١١٩/٤، ١١٧/٥.

المعروف عرفًا كالمشروط نصًا. حاشية ابن عابدين ٥٥٦/٤.

الثابت عرفًا كالثابت شرطًا. الفتاوى الخانية ٣٨٥/١.

الثابت بالعرف كالثابت بالشرط. المبسوط ٧٣/٢٣.

العرف المعتاد يجري مجرى الشرط. المجموع شرح المهذب - تكملة السبكي ٢٩٦/١١.

المتعارف كالمشروط. المجموع شرح المهذب - تكملة المطيعي ١٧١/١٣.

كل متعارف هو كالمشروط. المجموع شرح المهذب - تكملة المطيعي ٥١/١٥.

(٣) مجلة الأحكام العدليـة م/٤٣، الأشبـاه والنظائر لابن نجيـم ص ٩٩، غمز عيون البصائر للحموي=

٢- المعروف عرفًا كالمشروط شرعًا[(١)].

٣- العرف المعروف كالشرط المشروط[(٢)].

٤- المعروف بالعرف كالمشروط بالشرط[(٣)].

٥- المعلوم بالعرف كالمشروط[(٤)].

٦- الشرط العرفي كاللفظي[(٥)].

٧- العادة المطردة هل تنزل منزلة الشرط؟[(٦)].

قواعد ذات علاقة :

١- العادة محكمة[(٧)]. (أصل).

= ٢٠٦/٤، القواعد والضوابط لابن المبرد ص٢٤٧، ٢٥٠، البناية للعيني ٣١٥/٧، ٦٣٦، ٩١٥، البحر الرائق لابن نجيم ١٥٠/٧، حاشية ابن عابدين ٤٥٠/٤، ٦٩٦/٥، ٢٨٩/٧، ٣٧٦/٨، ٣٨٧، ٣٩٥، ٤٥٣، إبراز الضمائر للأزميري ٤١٨/١ (مخطوط)، التحقيق الباهر ٢١٢/٢ (مخطوط).

(١) أشباه ابن نجيم ص١٠١، غمز عيون البصائر ٣٠٧/١، مجمع الأنهر لشيخي زاده ٧١٤/٢، درر الحكام لعلي حيدر ٥١/١.

(٢) مجموع الفتاوى لابن تيمية ٩٨/٣٠.

(٣) بدائع الصنائع للكاساني ٢٧٧/٥.

(٤) المبسوط للسرخسي ١١٢/١٥.

(٥) مجموع الفتاوى لابن تيمية٢٧٨/٣٢، زاد المعاد في هدي خير العباد لابن قيم الجوزية١٠٨/٥، الفروع لابن مفلح ٥٨/٣.

(٦) الأشباه والنظائر للسيوطي ص١٠٦، المنثور في القواعد للزركشي ٣٦٢/٢، مجامع الحقائق للخادمي ص٣٢٤.

(٧) الأشباه والنظائر للسبكي ٥٠/١، الأشباه والنظائر للسيوطي ص٩٠، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٩٣، مجلة الأحكام العدلية (مادة ٣٦)، إيضاح القواعد الفقهية لطلاب المدرسة الصولتية للحجي ص ٤٥، تهذيب الفروق لمحمد المالكي ٨/٢، قواعد الفقه للبركتي ص ٨٩، البحر الرائق لابن نجيم ٢٤٨/٥، ١٥٠/٧، التجريد للقدوري ٤٠٥٥/٨، الغرر البهية لزكريا الأنصاري=

٢- الحرج مرفوع[(١)]. (تعليل).

٣- المعروف بين التجار كالمشروط بينهم[(٢)]. (أخص).

٤- العرف مع عدم الشرط يقوم في العقود مقام الشرط[(٣)]. (أخص).

٥- لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح[(٤)]. (قيد).

٦- كل ما ورد به الشرع مطلقًا ولا ضابط له فيه ولا في اللغة يرجع فيه إلى العرف[(٥)]. (تكامل).

٧- الثابت بالعرف كالثابت بالنص[(٦)]. (أعم).

٨- كل ما جرى عرف البلدة على أنه من مشتملات المبيع يدخل في البيع من غير ذكر[(٧)]. (فرع).

= ٣١٥/٣، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/٤، فتح الباري لابن حجر العسقلاني ٢١٨/٧، التحبير شرح التحرير للمرداوي ٣٨٣٨/٨، الأحكام للهادي ٧٧/١، شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ٧٦/١٠، ٢٥٥، وانظرها في قسم القواعد الفقهية.

(١) التمهيد لابن عبد البر ٣١٦/٢٤، الفروق للقرافي ٢٢/١، فتح الباري لابن رجب الحنبلي ١٤٧/٢، الموافقات للشاطبي ٢٣٣/٢، القواعد للمقري ٤٣٢/٢، البحر الرائق لابن نجيم ١٩٢/٨، البهجة شرح التحفة للتسولي ٥٤٨/١، وانظرها في قسم القواعد المقاصدية بلفظ: "الحرج مرفوع غير مقصود".

(٢) مجلة الأحكام العدلية: م/٤٤، قواعد الفقه للبركتي ص١٢٤، وانظرها في قسم القواعد الفقهية.

(٣) الحاوي الكبير للماوردي ١٨٦/١٥. ووردت بلفظ "المتواطأ عليه كالمنطوق به حال العقد" شرح الأزهار لابن مفتاح ٢٤٠/٢، وبلفظ "العرف الجاري كالمشروط في العقد" شرح الأزهار ٢٨١/٣.

(٤) مجلة الأحكام العدلية: المادة (١٣)، قواعد الفقه للبركتي ص١٠٦، وانظرها في قسم القواعد الفقهية.

(٥) المنثور في القواعد للزركشي ٣٩١/٢، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٨، وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "كل ما ورد به الشرع مطلقًا ولا ضابط له فيه ولا في اللغة يحكم فيه العرف".

(٦) انظرها: في قسم القواعد الفقهية.

(٧) مجلة الأحكام العدلية: المادة (٢٣٠).

شرح القاعدة:

مادة (ع ر ف). يتصرف منها أصلان صحيحان يدل أحدهما على تتابع الشيء متصلاً بعضه ببعض، ويدل الآخر على السكون والطمأنينة، والعرف: المعروف، وهو كل ما تعرفه النفس من الخير وتطمئن إليه، وهو ضد النُّكر[١]. والعرف اصطلاحًا: ما يغلب على الناس من قول أو فعل أو ترك[٢].

ومعنى القاعدة: أن ما عُرف بين الناس وجرى تعاملهم عليه من الأمور التي لا نص فيها ولا يوجد نص يعارضها أو يقيدها، يحكَّم فيها العرف ما لم يوجد تصريح بخلافه، أو شرط منصوص يخالف هذا العرف[٣] فالعرف يجعل المسكوت عنه كالمشروط. ومن ذلك وجوب ما جرت به العادة من الأجرة، كمن ركب أي وسيلة من وسائل النقل، فهذه إجارة يثبت فيها أجرة المثل المتعارف عليها وإن لم يشترط ذلك لفظًا لأنه مشروط عرفًا. أما إذا كان الشرط المتعارف غير معتبر شرعًا وذلك بأن كان مصادمًا للنص بخصوصه فلا يكون معتبرًا إذا تعارف الناس العمل عليه بدون اشتراط، فلو تعارف الناس مثلاً تضمين المستعير والمستأجر ما تلف من العين المعارة أو المأجورة بدون تعدٍّ ولا تقصير منه، لا يعتبر ذلك العرف ولا يراعى؛ لأنه مضاد للشرع. وقُيِّد الشرط بالمتعارف؛ لأن الشرط غير المتعارف لا يعتبر إلا إذا كان شرطًا يقتضيه العقد، كاشتراط حبس المبيع لاستيفاء الثمن[٤].

وهذه القاعدة هي إحدى القواعد الثلاث التي تعبر عن سلطان العرف

---

(١) انظر: معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٤/٢٨١، لسان العرب ٦/١٩٢-١٩٧، المفردات للراغب الأصفهاني ص٥٦٠، ٥٦٢.

(٢) انظر: العرف حجيته وأثره لعادل قوتة ١/ ٩٨، ٩٩.

(٣) انظر: القواعد الفقهية الكبرى لعمر عبد الله كامل ص١٦٢.

(٤) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقا ١/١٣٦-١٣٧، القواعد الفقهية على المذهب الحنفي والشافعي لمحمد الزحيلي ص٣٠٤، ٣٠٥.

العملي[١]، والعمل بالعرف كما يذكر القرافي هو مذهب كل العلماء ومشترك بين المذاهب في الجملة[٢]، بل عده البعض أصلاً من الأصول التي تستنبط منها الأحكام الشرعية عند عدم النص ويرجع إليه في الفقه في مسائل كثيرة لا تعد[٣].

فالحنفية اشتهر عنهم اعتبار العرف وتحكيمه والتفريع عليه في أحكام العقود وأبواب المعاملات[٤]. أما المالكية فإنهم أكثر المذاهب التي حكمت الأعراف المتعارفة[٥]. أما الشافعية فقد اشترطوا في الأخذ بالعرف أن يرشد إليه نص شرعي أو لا يعارضه[٦]. أما الحنابلة فقياس مذهب أحمد وأصوله «أن ما لم يقدره الشارع فإنه يرجع فيه إلى العرف»[٧]. والعرف عندهم قاعدة من قواعد الفقه يظهر أثرها في المجال التطبيقي فقط[٨].

وجمهور الفقهاء من الحنفية[٩] والمالكية[١٠] والحنابلة[١١] يرون اعتبار

---

(١) القاعدتان الأخريان هما التعيين بالعرف كالتعيين بالنص، والمعروف بين التجار كالمشروط بينهم.

(٢) انظر: الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام ص٢١٨، ٢١٩، تنقيح الفصول للقرافي ص١٩٨، مالك حياته وعصره لمحمد أبي زهرة ص ٤٢٤.

(٣) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ص١٠١، أصول الفقه لأبي زهرة ص٢٥٤، ٢٥٥.

(٤) انظر: عمدة القاري للعيني ١٢/١٦.

(٥) انظر: الذخيرة للقرافي ٦/٨، الفواكه الدواني ٣/١١٠٩، ١١٥٣، شرح مختصر خليل للخرشي ٦/١٢٦، منح الجليل لمحمد عليش ٥/٣٥٧، ٧/٦٢، فتح العلي المالك له ٢/١٠١.

(٦) انظر: فتح الباري لابن حجر العسقلاني ٩/٤٢٠.

(٧) انظر: مجموع الفتاوى لابن تيمية ٣٥/٣٥٠، الفتاوى الكبرى له ٤/١٩٩، القواعد لابن رجب ص ٢٧٩، شرح مختصر الروضة للطوفي ٣/٢١٢.

(٨) انظر: أصول مذهب أحمد للتركي ص٥٩٩.

(٩) انظر: المبسوط للسرخسي ١٣/١٤، ١٥/١٧١-١٧٢، تبيين الحقائق للزيلعي ٤/١٣١، العناية شرح الهداية للبابرتي ٦/٤٥١.

(١٠) انظر: الموافقات للشاطبي ٢/٢٨٦، التبصرة لابن فرحون ١/١٢٥، شرح مختصر خليل للزرقاني ٣/١٢٩.

(١١) انظر: الإنصاف للمرداوي ٤/٣١٤، المغني لابن قدامة ٦/٨، ١١٠، ١٧٩، ٢٥٩، مجموع الفتاوى لابن تيمية ٣٤/٩١، زاد المعاد لابن القيم ٥/١٠٩، إعلام الموقعين له ٣/٦٦، ص ٩٣، ٩٤، القواعد والأصول الجامعة لابن سعدي ص ٣٨، مجموع فتاوى محمد بن إبراهيم ٨/٩٢، ١٢/٢٥٢.

الشرط العرفي وتقييد العمل به كالشرط اللفظي، ومن فروع ذلك وجوب نقد البلد في المعاملات المالية عند الإطلاق، وسلامة السلعة المبيعة من العيوب حتى يسوغ الرد بوجود العيب[١] وهو أحد الوجهين عند الشافعية[٢]. وقول الزيدية[٣].

ويرى بعض الشافعية أن «العادة ليس لها قوة الشرط في المعاوضات»[٤]، فالشرط العرفي لا ينزل منزلة الشرط اللفظي، والأصح عندهم - كما حكى السيوطي - موافقة الجمهور، وهو أن العادة تنزل منزلة الشرط[٥]. وقد ذكروا بعض استثناءات هذه القاعدة عندهم، كما لو جرت عادة قوم بقطع الثمر قبل نضجه، فلا تنزل عادتهم منزلة الشرط[٦] ومنها: أنه لو جرى العرف على إباحة منافع الرهن للمرتهن فلا ينزل منزلة الشرط[٧].

وهناك علاقة بين العرف والشرط فكل منهما له أثر كبير في تحديد ما يمكن تحديده في نطاق المعاملات مما يجوز اشتراطه شرعًا، مع ملاحظة أن الشرط أقوى من العرف؛ لأنه في الغالب يعبر عنه بالنطق واللفظ والكتابة من الوسائل الصريحة، أما العرف فهو من قبيل الدلالة ولذلك جاز اشتراط خلافه بالشرط الصريح[٨] والشرط العرفي لا يكون إلا فيما للناس فيه تعامل، فلا يجوز فيما لم تجر عادات الناس التعامل فيه؛ لأن جوازه ثبت بتعامل الناس مع أن القياس يأباه، فيختص بما لهم فيه تعامل[٩]. والحكمة في تحكيم العادة في

---

(١) انظر: المبدع شرح المقنع لابن مفلح ٨٢/٧.
(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص٩٦، فتح الباري لابن حجر العسقلاني ٦٢٥/٩.
(٣) انظر: التاج المذهب للعنسي ٤٣٢/٣، شرح الأزهار لابن مفتاح ٢٤٠/٢، ٢٨١/٣.
(٤) نهاية المحتاج للرملي ٤٢٣/٥.
(٥) انظر: الأشباه والنظائر ص٩٦. وانظر: صياغة قاعدة "العرف الخاص يؤثر كالعرف العام" في قسم القواعد الفقهية.
(٦) انظر: الأشباه للسيوطي ص٩٦.
(٧) المرجع السابق.
(٨) القواعد والضوابط للندوي ص١٩٢، ١٩٣.
(٩) انظر: أثر العرف في التشريع الإسلامي للسيد صالح عوض ص ١٢٦.

المعاملات أن العادات هي التي اكتسبت سمة المعاملات في إطار المبادلات المالية[١]، فإذا تعارض العرف مع الشرع، فقد أجمعوا على رد العرف الفاسد الذي نص الشرع على تحريمه، فكل عرف ورد النص بخلافه فهو غير معتبر؛ لأن النص أقوى منه، والأقوى لا يترك بالأدنى[٢]. فلو تعارف الناس مثلاً تضمين المستعير والمستأجر ما تلف من العين المعارة أو المأجورة بدون تعد منه ولا تقصير لا يعتبر ذلك التعارف ولا يراعى لأنه مضاد للشرع، فالقاعدة مقيدة بكون الشرط المتعارف الصريح معتبرًا شرعًا، وقُيِّدت بالشرط المتعارف لأن الشرط غير المتعارف لا يعتبر إلا إذا كان شرطًا يقتضيه العقد كاشتراط حبس المبيع لاستيفاء الثمن[٣].

ولهذه القاعدة علاقة قوية بقاعدة «الحرج مرفوع»[٤]. فلو لم نقل باعتبار العرف لأدى ذلك إلى المنازعات والمشاجرات، ما يؤدي بالناس إلى المشقة والعسر وتكليف ما لا يطاق، وهي أمور منفية عن هذه الشريعة[٥]. أما علاقتها بقاعدة «العادة محكمة»[٦]. فهي علاقة الفرع بالأصل، إذ هي فرع وتطبيق

---

(١) انظر: القواعد والضوابط للندوي ١/١٩٩، ٢٠٠.

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي ١٢/١٩٦، فتح القدير لابن الهمام ٥/٢٨٢، ٢٨٣، كتاب مالك لمحمد أبي زهرة ص٤٤٩، الشريعة الإسلامية لمحمد الخضر حسين ص٣٦.

(٣) انظر: شرح القواعد للزرقا ص٢٣٧.

(٤) المبسوط للسرخسي٢/١٢١، ١١/٢٥، بدائع الصنائع للكاساني ١/٢٤٥، كشف الأسرار لعلاء الدين عبد العزيز البخاري ٤/٢٠٢، تبيين الحقائق للزيلعي١/١٨٧، ٢٧١، ٢١٨، ٣٠٤، ٢/٣٨، ٤/٤٠، ٥/٢٨٨، العناية شرح الهداية للبابرتي ١/٢٠٩، ٢/٢١٠، حاشية ابن عابدين ١/١٥٢، ٢٣٤.

(٥) انظر: الموافقات للشاطبي ٢/٢٨٧-٢٨٩، قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ٢/١٣٠، مجموع الفتاوى لابن تيمية ٢٠/٣٤٦، إعلام الموقعين لابن القيم ٣/١١-٥١، رفع الحرج للباحسين ص ٣٤٧-٣٧٩، رفع الحرج لابن حميد ص ٣٢١-٣٢٦.

(٦) الأشباه للسيوطي ص ٨٩، مجلة الأحكام م/٣٦، الأحكام للهادي ١/٧٧، التجريد للقدوري ٨/٤٠٥٥، فتح الباري لابن حجر العسقلاني ٧/٢١٨، التحبير شرح التحرير للمرداوي ٨/٣٨٣٨.

للقاعدة الفقهية الكبرى. وقاعدة «الأحكام تدور مع الأعراف ومقاصد الناس»[١] مبنية على اختلاف أوضاع الناس وأعرافهم وتقاليدهم. أما قاعدة «لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح»[٢] فهي شرط لها، فإذا صرح بشرط يخالف العرف فلا عبرة للعرف لأنه يكون حجة إذا لم يكن مخالفا لنص أو شرط لأحد العاقدين[٣] وقاعدة «المعروف بين التجار كالمشروط بينهم»[٤] فرع وتطبيق لها، وكذلك ضابط «كل ما جرى عرف البلدة على أنه من مشتملات المبيع يدخل في البيع من غير ذكر»[٥].

ومجال العمل بالقاعدة هو المعاملات، ولا تدخل في باب العبادات؛ لأن العبادات توقيفية، لا مدخل للقياس ولا العرف فيها.

أدلة القاعدة:

قاعدة «العادة محكمة» وأدلتها.

تطبيقات القاعدة:

١- من اشترى سيارة دخل فيها توابعها التي لا ذكر لها في العقد، مما جرى العرف باعتباره، كالعَجَل الزائد[٦].

٢- إذا استأجر إنسان شقة مفروشة وأذن المؤجر للمستأجر باستعمالها

---

(١) البهجة شرح التحفة للتسولي ٦١/٢.
(٢) مجلة الأحكام العدلية م/١٣.
(٣) انظر: شرح المجلة لعلي حيدر ٢٩/١.
(٤) مجلة الأحكام العدلية م/٤٤.
(٥) المجلة م/٢٣٠.
(٦) انظر: القواعد الفقهية لعبد العزيز عزام ص١٩٥.

فتلف بعض الأثاث فقد جرى العرف على تضمين المستأجر، فكأنه مشروط في العقد[١].

٣- تعجيل الثمن لا يحتاج إلى شرط، فمطلق البيع يثبت به الثمن معجلاً أما التأجيل والتقسيط فلا يثبتان إلا بشرط أو عرف[٢].

٤- لو جهز الأب ابنته بجهاز ودفعه لها ثم ادعى أنه عارية ولا بينة ينظر العرف القائم في البلد، ويكون القول قول من يشهد له العرف والبينة بينة الآخر، وإن كان العرف مشتركًا فالقول قول الأب والبينة بينة البنت[٣].

٥- لو دفع الأب ابنه إلى آخر ليعلمه حرفة ثم اختلفا فطلب الأب أجر عمل ولده وطلب المعلم أجر تعليمه، يحكم بالأجر لمن شهد له عرف البلدة[٤].

٦- من أجر أجيرًا على أن يعمل بنفسه لا بغيره فليس له أن يؤجر غيره دون إذن المؤْجر، فإن فعل وحدثت أضرار فإنه يضمن إلا إذا جرى العرف بغير ذلك فلا يضمن[٥].

٧- إذا جرى العرف على أن يكون البيع المطلق مؤجلاً أو مقسطًا بأجل معلوم ينصرف البيع المطلق إلى ذلك الأجل[٦].

---

(١) موسوعة القواعد للبورنو ١٠/٤١٨.
(٢) انظر: القواعد والضوابط للندوي ١/١٩١، عقد البيع للزرقا ص٦٥.
(٣) انظر: شرح القواعد للزرقا ص٢٣٨.
(٤) المصدر نفسه.
(٥) انظر: البهجة شرح التحفة للتسولي ١/٢/١٨٢.
(٦) انظر: ربوات القرض لحسين توفيق ٢/٤، درر الحكام لعلي حيدر ١/٢٣٢، القواعد والضوابط للندوي ١/٢٠٢.

٨- لو استخدم شخص ما صانعًا في صنعة معروف بها ولم يعين له أجرة وادعى أنه استعان به يلزمه أجر مثله[١].

٩- يجوز الشراء من الأسواق التي تكتب الثمن على السلع بدفع الثمن والقبض دون إيجاب أو قبول، وهو بيع المعاطاة، وهذا عرف معمول به في دول العالم كافة، والمعروف عرفًا كالمشروط[٢].

١٠- في أوقات التخفيضات التي يحددها الباعة على السلع يلزم البائع بأن يبيع بالسعر المنخفض، ولا يجوز في مدة التخفيض أن يلزم المشتري بالسعر القديم؛ لأن المعروف عرفًا كالمشروط شرطًا[٣].

فتحي السروية

* * *

(١) انظر: شرح القواعد للزرقا ص٢٣٧.

(٢) انظر: القواعد الحاكمة لفقه المعاملات للدكتور يوسف القرضاوي- بحث قدمه للمجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث في دورته التاسعة عشرة.

(٣) المرجع السابق.

رقم القاعدة: ٣٢٠

نص القاعدة: "الـْمَعْرُوفُ بَيْنَ التُّجَّارِ كَالـْمَشْرُوطِ بَيْنَهُمْ"[(١)].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- المتعارف بين التجار كالمشروط[(٢)].

٢- العرف بين التجار كالمشروط بينهم[(٣)].

قواعد ذات علاقة:

١- العادة محكمة[(٤)]. (أعم وأصل).

٢- العرف كالشرط[(٥)]. (أعم).

---

(١) مجلة الأحكام العدلية: م/٤٤، قواعد الفقه للبركتي ص١٢٤.

(٢) حاشية ابن عابدين ٤٣/٥.

(٣) نظرية العرف لعبد العزيز الخياط ص١٧، ٤٤، ٥٧، ١٠١.

(٤) الأشباه والنظائر للسبكي ٥٠/١، الأشبـاه والنظائر للسيوطي ص٩٠، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٩٣، مجلة الأحكام العدلية (مادة ٣٦)، إيضاح القواعد الفقهية لطلاب المدرسة الصولتية للحجي ص٤٥، تهذيب الفروق لمحمد المالكي ٨/٢، قواعد الفقه للبركتي ص ٨٩، البحر الرائق لابن نجيم ٢٤٨/٥، ١٥٠/٧، التجريد للقدوري٤٠٥٥/٨، الغرر البهية لزكريا الأنصاري٣١٥/٣، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/٤، فتح الباري لابن حجر العسقلاني ٢١٨/٧، التحبير شرح التحرير للمرداوي ٣٨٣٨/٨، وانظرها في قسم القواعد الفقهية.

(٥) البيان والتحصيل لابن رشد الجد ٢٧٣/٧، الذخيرة للقرافي ٢١٣/٦، ٢١٤، أدب القاضي للماوردي ١٨٠/٢، شرح مختصر خليل للزرقاني ١٣٣/٦، ١٠٣/٨، المعيار المعرب للونشريسي=

٣- العرف الخاص يؤثر كالعرف العام[١]. (أعم).

٤- الحرج مرفوع[٢]. (تعليل).

٥- لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح[٣]. (قيد).

٦- إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت[٤]. (شرط).

٧- العرف الجاري كالمشروط في العقد[٥]. (أعم).

٨- كل ما جرى عرف البلدة على أنه من مشتملات المبيع يدخل في البيع من غير ذكر[٦]. (فرع وتطبيق).

٩- المرجع في معرفة العيوب إلى عرف التجار[٧]. (فرع وتطبيق).

١٠- تصرف المضارب مبني على عادة التجار[٨]. (فرع وتطبيق).

= ٢٦/٤، الشرح الكبير للدردير ٤٣٩/٣، منح الجليل للشيخ عليش ٤٨٥/٣، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/٤، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني ٢٥٧/٢، التاج والإكليل لمختصر خليل للمواق ٤٢٦/٥، بلغة السالك لأقرب المسالك للصاوي ٤٦٧/٣، ٤٨١، البهجة في شرح التحفة للتسولي ٤٤٢/١، ٢٦٥/٢، شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ٤٠٣/٧، وانظرها في قسم القواعد الفقهية.

(١) الفتاوى الفقهية الكبرى للهيتمي ٣٦٧/٣، وانظرها في قسم القواعد الفقهية.

(٢) التمهيد لابن عبد البر ٣١٦/٢٤، الفروق للقرافي ٢٢/١، فتح الباري لابن رجب الحنبلي ١٤٧/٢، الموافقات للشاطبي ٢٣٣/٢، القواعد للمقري ٤٣٢/٢، البحر الرائق لابن نجيم ١٩٢/٨، البهجة شرح التحفة للتسولي٥٤٨/١، وانظرها في قسم القواعد المقاصدية بلفظ: "الحرج مرفوع لا مقصود".

(٣) مجلة الأحكام العدلية: المادة (١٣)، قواعد الفقه للبركتي ص ١٠٦، وانظرها في قسم القواعد الفقهية.

(٤) مجلة الأحكام العدلية – المادة (٤١)، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٩٤، حاشية ابن عابدين ١٥٦/٣، وانظرها في قسم القواعد الفقهية.

(٥) التاج المذهب في أحكام المذهب لابن قاسم العنسي ١٠٣/٣، وانظر قاعدة: "العرف كالشرط" في قسم القواعد الفقهية.

(٦) مجلة الأحكام العدلية- المادة (٢٣٠)، ترتيب اللآلي لناظر زاده ٨٤٢/٢،

(٧) القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير لعلي الندوي ص٤٩٤ عن التحرير ١١٢٨/٣، وانظر: قاعدة: "العيب ما يكون عيبًا عند أهل الخبرة والمعرفة"، في قسم القواعد الفقهية.

(٨) بدائع الصنائع للكاساني ٨٨/٦.

شرح القاعدة:

عرف التجار هو أحد صور العرف الخاص. والعرف الخاص: هو الذي يكون مخصوصًا ببلد أو مكان دون آخر، أو بين فئة من الناس دون أخرى[١].

والمعنى الإجمالي للقاعدة: أن ما كان شائعًا ومعروفًا بين التجار في معاملاتهم يكون كالمشروط بينهم والمنصوص عليه عند الإطلاق وإن لم يُنص عليه أو يُنطق به، فيحكّم هذا العرف في عقودهم، وتفسر أقوالهم وتصرفاتهم على أساسه، ولا تسمع دعوى إرادة خلافه، بشرط عدم مخالفة هذا العرف للنص، أو التصريح بشرط يخالف العرف، وأن يكون هذا العرف مطردًا وغالبًا عند كل التجار.

فكل ما جرى به العمل بين التجار في البيع والقبض والنقل ودفع الثمن، وما يدخل في المبيع تبعًا وما لا يدخل، والعيوب التي يرد بها المبيع، وغيرها من المعاملات، يرجع فيه إلى عرفهم، ما لم ينص على خلافه.

فالسلع والبضائع مثلاً قد يطلع المشتري بعد قبضها على عيوب توجب ردها إلى البائعين، وهذه العيوب قد يكون البائع قد دلسها على المشتري وأخفاها، وقد لا يكون على علم بها. فيرجع في معرفة هذه العيوب إلى أهل هذه التجارة وخبرائها، فما يعدونه عيبًا يعتبر وترد به السلعة، وما لا يعتبرونه عيبًا لا ترد به السلعة، ولا يستحق المشتري أرش النقصان عند عدم الرد[٢].

وأجر السمسار مثلاً إذا لم يحدد بالاتفاق والشرط فإنه يخضع للعرف الجاري بين التجار، فقد يكون عرفًا على البائع أو المشتري، وقد يكون على الطرفين بنسبة من السعر الذي يتم به التعاقد. وهذا ما يجري في عقود الإيجار

---

(١) انظر: المدخل الفقهي العام لمصطفى الزرقا ٢/٨٧٨.

(٢) انظر: المغني لابن قدامة ٤/١١٣، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو ١٠/٥٦٥.

لدى مكاتب الإيجار، فإن العرف المتبع أن المكتب العقاري يأخذ العمولة عن المستأجر لسعيه في الإيجار، وقد تتفاوت حسب أجرة المسكن[١].

وقد أجمعت المذاهب كافة على الأخذ بالعرف الذي أشار إليه النص أو بُنِيَ عليه، وأجمعوا على رد العرف الفاسد الذي نص الشرع على تحريمه[٢]. وجمهور الفقهاء من الحنفية[٣] والمالكية[٤] والحنابلة[٥] على اعتبار الشرط العرفي والعمل به كالشرط اللفظي، فكل ما يقع بين التجار من المعاملات التجارية أو بين غيرهم من العقود والمعاملات التي هي من نوع التجارة ينصرف عند الإطلاق إلى العرف والعادة، فلو تبايع تاجران شيئًا وكان العرف أن ذلك الشيء يؤدى ثمنه بعد أسبوع أو شهر مثلاً، ولم يصرحا في العقد أن الثمن نقد أو نسيئة، فلا يلزم المشتري أداء الثمن حالاً وينصرف إلى عرفهم وعادتهم في الأجل[٦] وهو كذلك رأي الزيدية [٧].

أما الشافعية ففي اعتبار العرف الخاص عندهم خلاف، كما ذكر الرافعي[٨]، والسيوطي الذي حكى أن في ذلك وجهين، والأصح: موافقة

---

(١) انظر: القواعد والضوابط الفقهية للندوي ١/ ٢١١.

(٢) انظر: كتاب مالك لمحمد أبي زهرة ص٤٤٩، الشريعة الإسلامية لمحمد الخضر حسين ص٣٦.

(٣) انظر: المبسوط للسرخسي ١٣/ ١٤، ١٥/ ١٧١-١٧٢، تبيين الحقائق للزيلعي ٤/ ١٣١، العناية شرح الهداية للبابرتي ٦/ ٤٥١.

(٤) انظر: الموافقات للشاطبي ٢/ ٢٨٦، التبصرة لابن فرحون ١/ ١٢٥، شرح مختصر خليل للزرقاني ٣/ ١٢٩.

(٥) انظر: الإنصاف للمرداوي ٤/ ٣١٤، المغني لابن قدامة ٦/ ٨، ١١٠، ١٧٩، ٢٥٩، مجموع الفتاوى لابن تيمية ٣٤/ ٩١، زاد المعاد لابن القيم ٥/ ١٠٩، إعلام الموقعين له ٣/ ٦٦، ٩٣-٩٤، القواعد والأصول الجامعة لابن سعدي ص ٣٨، مجموع فتاوى محمد بن إبراهيم ٨/ ٩٢، ١٢/ ٢٥٢.

(٦) انظر: شرح المجلة للأتاسي ١/ ١٠١، ١٠٢.

(٧) انظر: أصول المذهب الزيدي اليمني وقواعده للسياغي ص٣٢، ٣٣.

(٨) انظر: الشرح الكبير للرافعي ٩/ ٥٩.

الجمهور، وهو أن العادة تنزل منزلة الشرط[١]. وفي مواضع من كتب الفقه عندهم إطلاق القول بأن العرف الخاص لا يؤثر[٢]، ومن ذلك ما ذكره الرملي من أن «العادة ليس لها قوة الشرط في المعاوضات»[٣]. فالشرط العرفي لا ينزل منزلة الشرط اللفظي. لكن عندهم من الفروع ما أعملوه فيها، ولذلك ذكر الهيتمي أن أصل اعتبار العادة الخاصة لا يخالف الشافعية فيه؛ فقد صرحوا باعتبارها في مسائل. وعدد بعضها، ثم قال: «وبقي مسائل أخرى كثيرة اعتبروا فيها العرف الخاص لا يخفى على الفقيه استخراجها»[٤]. وقال النووي: «ولا يجوز للمفتي أن يفتي فيما يتعلق بالألفاظ كالأيمان والإقرار والوصايا ونحوها، إلا إذا كان من أهل بلد اللافظ أو نازلاً منزلتهم في الخبرة بمرادهم في العادة[٥].

وتكاد تتفق المذاهب على اعتبار العمل بعرف التجار، وقد علل الفقهاء كثيرًا من الفروع بأنها عادة التجار أو عرفهم.

ومن ذلك عند الحنفية: ما جاء في تحفة الفقهاء: «وأما بيان العيوب الموجبة للخيار في الجملة فنقول: كل ما أوجب نقصان القيمة والثمن في عادة التجار فهو عيب يوجب الخيار. وما لا يوجب نقصان القيمة والثمن فليس بعيب»[٦]. وفي الهداية: «ويجوز للمضارب أن يبيع ويشتري بالنقد والنسيئة لأن كل ذلك من صنيع التجار فينتظمه إطلاق العقد إلا إذا باع إلى أجل لا يبيع التجار إليه لأن له الأمر العام المعروف بين الناس ولهذا كان له أن يشتري دابة

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٥.

(٢) انظر: نهاية المحتاج للرملي ٦/٢٤٤، تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ٩/١٩٦، الفتاوى الفقهية الكبرى له ٤/٥٨، أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٣/١٣٥.

(٣) نهاية المحتاج للرملي ٥/٤٢٣.

(٤) الفتاوى الفقهية الكبرى للهيتمي ٢/١٨٣.

(٥) روضة الطالبين للنووي ١١/١١١، وانظر: قريبًا منه في المجموع له ١/٤٦.

(٦) تحفة الفقهاء لعلاء الدين السمرقندي ٢/٩٣.

للركوب وليس له أن يشتري سفينة للركوب وله أن يستكريها اعتبارًا لعادة التجار»[١].

وعند المالكية: ذكر القاضي عبد الوهاب في عقد القراض: «للعامل أن يسافر بالمال إن أطلق العقد إلا أن يشترط عليه ترك السفر، وليس له أن يبيع بدين إلا أن يأذن له رب المال، فإن فعل ضمن والفصل بينهما لأن العقد إذا أطلق حمل على مقتضاه وما جرى العرف به وقد عرف أن من عادة التجار التقلب بالمال حضرًا وسفرًا وطلب النماء فيه بسائر الوجوه، كما أنهم يتقلبون به في سائر السلع بل قد علم من عادتهم أن من السلع ما يبتاع للسفر بها كما أن منها ما يبتاع للتربص به وقت تغير سوقه فالإطلاق محمول على العرف»[٢].

ومن ذلك عند الشافعية: قول الماوردي في المضاربة: «وأما ما يلزم العامل من المؤنة فهو ما جرت عادة التجار أن يفعلوه بأنفسهم في أموالهم مثل عرض الأمتعة ومباشرة العقود وقبض الأثمان واقتضاء الديون فكل ذلك على العامل؛ لأنه به ملك الربح. وأما النداء على الأمتعة فمن يزيد نداء العامل على الأمتعة فلا يلزمه؛ لأن عرف التجار في أموالهم لم يجر به وتكون أجور المنادين في مال القراض. وأما الوزان فإن كان فيما يحفر، ولم تجر عادة التجار به في أموالهم كان في مال القراض، وإن كان فيما يقل ويخف كالعود، والمسك، وما في معناهما فهو على العامل؛ لأن عادة التجار جارية به في أموالهم، فإن استأجر له تحمل الأجرة في ماله. ولو فعل بنفسه ما يستحق في مال القراض فعل العامل كان تطوعًا منه لا يرجع به في مال القراض؛ لأنه لا يستحق على عمله في مال واحد عوضين أجرة وربحًا»[٣].

---

(١) الهداية شرح البداية للمرغيناني ٣/٢١٠.

(٢) المعونة على مذهب عالم المدينة للقاضي عبد الوهاب البغدادي ٢/١٢٦.

(٣) الحاوي الكبير للماوردي ٧/٣١٨. (بتصرف يسير)

ومن ذلك عند الحنابلة ما ذكره ابن قدامة -رحمه الله- في شركة العنان: «ويجوز لكل واحد منهما أن يبيع ويشتري مساومة ومرابحة وتولية ومواضعة، وكيف رأى المصلحة؛ لأن هذا عادة التجار»[1].

ولا تقتصر هذه القاعدة على العمل بالعرف في الأمور التجارية على ما يجري بين التجار فقط؛ بل كل عمل هو من نوع التجارة إذا سُكت فيه عن ذكر شرط فالمرجع في ذلك العرف الجاري بين أهله. فلو كان رجلان يعملان بالزراعة وضارب أحدهما الآخر ودفع له نقدًا ليبيع ويشتري، أو عقَدَا شركة عنان أو غيرها، فللمضارب أو الشريك عند عدم التقييد بشيء التصرف في المال من إدانة أو سفر به أو استئجار على حسب المعروف بين التجار؛ لأن الشركة من أعمال التجارة فتنعقد على عادة التجار، وهذه الأمور من عاداتهم. كذلك الشركة لما كانت من أعمال التجارة ويشترط فيها أن يكون رأس المال من النقود ولا يصح أن يكون عروضًا، فغير المسكوك من الذهب والفضة إن جرى العرف باستعماله كالنقود يصح أن يكون رأس مال في الشركة، وإلا فيكون في حكم العروض فلا يصح[2]. كذلك إذا كان لطائفة أخرى من الناس عرفٌ خاص بهم فإنه يحكّم فيها لا في طائفة أخرى، كالعمال وأرباب الصنائع والحرف.

وقد استجدت مسائل وقضايا تجارية كثيرة تجلى فيها أثر العرف، فكثير من المسائل الناشئة عن التعامل في البنوك مبنية على العرف العالمي السائد بدون نزاع مثل عمليات بيع وشراء النقود، أو مبادلة العملات المحلية بعملات أجنبية، والتعامل بالأوراق التجارية كالشيك والسند الإذني وغيره، كما أن للأعراف الدولية غير المعارضة للشريعة تأثيرًا ملحوظًا في قبول بعض المعاملات المختلف فيها بين العلماء قديمًا، مثل بيع العربون، فهو جائز في المذهب الحنبلي وخاضع للشروط والالتزامات، وفي نفس الوقت متبع في

(١) المغني لابن قدامة ١٣/٥.
(٢) انظر: شرح المجلة للأتاسي ١٠٢/١.

القوانين والأعراف التجارية العامة، لذلك تأخذ بعض البنوك الإسلامية العربون من العميل وتصادره في حالة إخلاف الوعد بناء على ترجيح رأي الحنابلة الذي يسنده العرف الشائع. ومن هذا المنطلق فقوانين غرفة التجارة العالمية وأمثالها من القوانين التي تعتبر أعرافًا دولية لا مانع من قبولها بشرط عدم معارضتها لنصوص الشريعة[1].

ولهذه القاعدة علاقة قوية بقاعدة «الحرج مرفوع»، فإذا لم نعتبر العرف مع تنوع وتعقد المعاملات في العصر الحاضر لأدى ذلك إلى المشقة والعسر والتكليف بما لا يطاق، وهي أمور منفية عن هذه الشريعة[2]. أما علاقتها بقاعدة «العادة محكمة». فهي علاقة الفرع بالأصل، إذ هي فرع وتطبيق للقاعدة الفقهية الكبرى. وكذلك مع قاعدة «العرف كالشرط». وأفردها الفقهاء للاهتمام بشأن المعاملات التجارية. أما قاعدة «لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح». فهي شرط لها، فإذا صرح بشرط يخالف العرف فلا عبرة للعرف[3]. وكذلك قاعدة «تعتبر العادة إذا اطردت». شرط لها فالعبرة للغالب لا النادر.

والقاعدة مقيدة بكون الشروط المتعارفة بين التجار معتبرة شرعًا، فإذا تعارض العرف مع نص الشرع، فقد أجمع العلماء على رده؛ لأن النص أقوى منه، والأقوى لا يترك بالأدنى[4]. فلو تعارف الناس مثلاً التعامل بالربا فلا يعتبر ذلك العرف لأنه مضاد للشرع. وتقيد القاعدة بالشرط المتعارف لأن الشرط غير

---

(١) انظر: موسوعة القواعد والضوابط للندوي ١/٢١١-٢١٧.

(٢) ا... ات للشاطبي ٢/٢٨٧-٢٨٩، قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ٢/١٣٠، مجموع ... تيميـــة ٢٠/٣٤٦، إعلام الموقعين لابن القيم ٣/١١-٥١، رفع الحرج للباحسين ... فع الحرج لابن حميد ص٣٢١-٣٢٦.

... علي حيدر ١/٢٩.

... سي ١٢/١٩٦، فتح القدير لابن الهمام ٥/٢٨٢-٢٨٣، كتاب مالك لمحمد ... ريعة الإسلامية لمحمد الخضر حسين ص ٣٦.

المتعارف لا يعتبر إلا إذا كان شرطًا يقتضيه العقد كاشتراط حبس المبيع لاستيفاء الثمن، وهي مقيدة كذلك بعدم التصريح بخلاف العرف لأنه لا عبرة بالدلالة في مقابل التصريح[١].

أدلة القاعدة:

١- قاعدة «العادة محكمة» وأدلتها.

٢- قاعدة «العرف كالشرط» وأدلتها.

تطبيقات القاعدة:

١- لو اشترى تاجر بضاعة من بلد أجنبي على أن تشحن له إلى أحد المواني ولم يوضح على من تكون أجرة الشحن يتبع العرف المشهور بين التجار ويحكَّم كأنه شرط؛ لأن المعروف بين التجار كالمشروط[٢].

٢- يجوز للبنك في عقود المرابحة إضافة المصاريف التي تعارف التجار على إضافتها إلى الأثمان كمصاريف التخزين والنقل[٣].

٣- للوكيل المطلق بالبيع أن يبيع مال موكله نقدًا ونسيئة لمدة معروفة بين التجار في حق ذلك المال وليس له بيعه لمدة مخالفة للعرف والعادة، لكن إذا كان الموكل صرح له بالبيع بالنقد أو دلت عليه قرينة فليس للوكيل أن يبيع بالنسيئة؛ لأن المعروف بين التجار كالمشروط[٤].

---

(١) انظر: شرح القواعد للزرقا ص٢٣٧، المدخل الفقهي له ٢/٨٧٩.

(٢) انظر: شرح المجلة لعلي حيدر ١/٤٦.

(٣) انظر: القواعد والضوابط للندوي ١/٢١٤ عن فتاوى بيت التمويل الكويتي ١/١٥.

(٤) انظر: شرح المجلة للأتاسي ص١٠١، ١٠٢.

٤- في المضاربة: إذا سافر المضارب بمال المضاربة فإن نفقته في سفره تكون من مال المضاربة، حسب ما هو متعارف بين التجار؛ لأن المعروف بين التجار كالمشروط بينهم[1].

٥- لو تبايع تاجران شيئًا وجرى العرف على أن يدفع قدر معلوم من الثمن حالاً أو على أن يدفع كل الثمن يكون مقسطًا على أقساط معلومة يكون ذلك العرف مرعيًا بمنزلة الشرط الصريح؛ لأن المعروف بين التجار كالمشروط[2].

٦- الشركات التي تصدر شيكات سياحية يجوز لها أخذ عمولة عليها بقدر الخدمة وبما يتفق مع العرف السائد مقابل الجهد الذي تبذله في إصدار هذه الشيكات؛ لأن المعروف بين التجار كالمشروط[3].

٧- رؤية نماذج الثياب التي اعتاد التجار بيعها بعرض هذه النماذج التي تبين طول الثوب وعرضه وشكله تسقط خيار الرؤية إذا كانت الثياب موافقة للنموذج؛ لأن المتعارف بين التجار بيع هذه الثياب بعرض نماذجها، والمعروف بين التجار كالمشروط بينهم[4].

فتحي السروية

* * *

---

(١) انظر: البحر الرائق لابن نجيم ٢٦٩/٧، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر لشيخي زاده ٤٦٠/٣، ٤٦١، شرح المجلة للأتاسي ١٠١/١ - ١٠٢.

(٢) انظر: شرح القواعد للزرقا ص ٢٣٩، شرح المجلة للأتاسي ١٠١/١، ١٠٢، قواعد الدعاس ص٤٢، ربوات القرض لحسين توفيق ٤/٢، القواعد والضوابط للندوي ٢٠٢/١.

(٣) انظر: القواعد والضوابط للندوي ٢١٤/١، عن القرار رقم (٨٨) من قرارت الهيئة الشرعية لشركة الراجحي.

(٤) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٢٧٣/١.

رقم القاعدة: ٣٢١

نص القاعدة : كُلُّ مَن لَهُ عُرْفٌ يُحْمَلُ كَلامُهُ عَلَى عُرْفِهِ[١].

صيغ أخرى للقاعدة :

١- كل متكلم له عرف فإن لفظه عند الإطلاق يحمل على عرفه[٢].

٢- العادة أن كل متكلم يحمل لفظه على عرفه[٣].

٣- من له عرف في لفظ فإنما يحمل لفظه على عرفه[٤].

٤- إذا ثبت للمتكلم عرف حمل كلامه عليه وإلا فلا[٥].

قواعد ذات علاقة :

١- العادة محكمة[٦]. (أعم).

---

(١) الفروق للقرافي ٢٩٦/١، وبنحوها في الذخيرة له ٦٤/٤، ٢٦٣، ٣٢٠، معين الحكام للطرابلسي ١٢٩/١.

(٢) الفروق للقرافي ٢٩٥/٥ .

(٣) البحر المحيط للزركشي ٢٧/٣، الفتاوى الفقهية الكبرى لابن حجر الهيتمي ٣٠٩/٣.

(٤) نفائس الأصول للقرافي ٢٧٠/١.

(٥) السيل الجرار للشوكاني ٣٧٩/٣.

(٦) الأشباه والنظائر للسيوطي ٨٩/١، غمز عيون البصائر للحموي ١٢٣/٢، حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع ٣٨٢/٥، غاية الأصول في لب الأصول لأبي يحي زكريا الأنصاري ١٥٦/١، شرح الكوكب المنير لابن النجار ٤٤٨/٤. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية .

٢- من تقررت له عادة عمل بها[١]. (أعم).

٣- مطلق الكلام محمول على المتعارف[٢]. (أعم).

٤- العرف الخاص يؤثر كالعرف العام[٣]. (أعم).

٥- الإذن المطلق ينصرف إلى ما جرت به العادة[٤]. (مكملة).

٦- العقد المطلق يرجع موجبه إلى العرف[٥]. (مكملة).

٧- ألفاظ الواقفين تبنى على عرفهم[٦]. (فرع).

شرح القاعدة:

العرف: ما اعتاده الناس من الأفعال العادية أو المعاملات المدنية[٧]، والمراد بالعرف في القاعدة الخاص باللفظي، وهذه القاعدة تندرج تحت قاعدة: «العادة محكمة»، ومفادها: أن الألفاظ التي يتلفظ بها المكلف إذا كان لها مراد خاص في عرفه، فإن الحكم بالنسبة له يدور مع معناها في عرفه؛ إذ من تقررت له عادة لا تخالف نصًا في الشرع عومل بها، فما ينطق به المكلف يحمل على عرفه عند الإطلاق، فألفاظ الواقفين والحالفين والموصين والناذرين تحمل على عرفهم في معناها سواء وافقت العربية العرباء أو العربية المولدة أو العربية

---

(١) القواعد للمقري ١/٣٤٤.

(٢) المبسوط للسرخسي ٦/١٢٦. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٣) الفتاوى الفقهية الكبرى لابن حجر الهيتمي ٣/٣٦٧. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٤) المغني لابن قدامة ٥/٢٤. وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "مطلق الإذن ينصرف إلى المتعارف".

(٥) مجموع الفتاوى لابن تيمية ٣٤/٩١.

(٦) ذخيرة الناظر للطوري ١/١٦٦.

(٧) انظر: العرف حجيته وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة لعادل بن عبد القادر بن محمد ولي قوتة ١/٩٨، نشر: المكتبة المكية، الطبعة الأولى لعام ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.

الملحونة أو كانت غير عربية ، وسواء وافقت لغة الشارع أو لم توافقها[١].

وعليه فإن مجال تطبيق هذه القاعدة واسع يشمل العبادات والمعاملات والعقود والتصرفات وغيرها مما له تعلق بحقوق الله تعالى أو حقوق العباد، ولقد عبر القرافي عن ذلك بقوله : «كل متكلم له عرف يحمل لفظه على عرفه في الشرعيات والمعاملات والإقرارات وسائر التصرفات»[٢].

وهي قاعدة متداولة بين عامة الفقهاء على اختلاف مذاهبهم؛ لأنها متفرعة عن القاعدة الكبرى المتفق عليها «العادة محكمة»، وهي أخص من قاعدتي «مطلق الكلام ينصرف إلى المتعارف»[٣] و«العرف الخاص يؤثر كالعرف العام»[٤] وقد خرَّج عليها الفقهاء عدة قواعد وضوابط تفيد حمل كلام الناس على أعرافهم فيما يصدر منهم بإطلاق، وما قد يلاحظ أنه جرى بينهم فيها من الخلاف إنما هو قاصر على بعض فروعها[٥].

أدلة القاعدة :

١- روي أن سائلا سأل ابن مسعود رضي الله عنه فقال: «إن صاحبا لنا أوجب بدنة. أفتجزي البقر؟ فقال: ممن صاحبكم؟ فقال: من بني رياح. قال: ومتى اقتنت بنو رياح البقر؟ إنما وهم صاحبكم الإبل»[٦].

---

(١) انظر: التقرير والتحبير في شرح التحرير لابن أمير الحاج ٢٦٠/٢، فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت للعلامة عبد العلي بن نظام الدين الأنصاري ١٥٠/٢، المنثور للزركشي ٤٥٥/٢، مجموعة فتاوى ابن تيمية ٤٧/٣١.

(٢) الذخيرة للقرافي ٦٤/٤، ٢٦٣، ٣٢٠ .

(٣) بدائع الصنائع ١١٢/١.

(٤) الفتاوى الفقهية الكبرى لابن حجر الهيتمي ٣٦٧/٣.

(٥) انظر: المصادر المحال عليها في القاعدة وصيغها الأخرى.

(٦) رواه ابن أبي شيبة ٥٠٦/٨ (١٤٨٧٧)، والفسوي في المعرفة والتاريخ ٧/٣ ، وابن قتيبة في غريب الحديث ٢٣٤/١، ٤٧٢/٢ .

فدل على أن عند إطلاق الكلام يعتبر عرف المتكلم فيما يتقيد به كلامه[١].

٢- قاعدة: العادة محكمة وأدلتها؛ لأن دليل الأصل دليل لفرعه.

٣- إنما يحمل مطلق كلام كل متكلم على عرفه؛ لأن المقصود من الألفاظ دلالتها على مراد الناطقين بها[٢].

٤- لأن المعنى المتبادر إلى الذهن عن إطلاق اللفظ علامة للحقيقة، وحمل كلام المتلفظ على مدلوله في عرفه هو المتبادر إلى الذهن عن الإطلاق، فيكون هو الحقيقة في الغالب فيحمل عليه[٣].

٥- لأن حمل ألفاظ المتكلم على معناها في عرفه أبلغ في الحجة وأقطع للعذر[٤].

تطبيقات القاعدة:

١- لو أوقف دارًا للحديث فإن كان للواقف عرف في النطاق الموضوعي لدراسة الحديث حمل عليه لفظه عند الإطلاق؛ مراعاة لاصطلاح كل متكلم، فعلى عرف المتلفظ يدور الحكم، وإلا وجب الرجوع إليه للتحقق من مراده عند الاستشكال[٥] لأن كل من له كلام يحمل كلامه على عرفه.

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني ١٦٧/٨.

(٢) مجموع الفتاوى لابن تيمية ١٤٣/٣١.

(٣) الإحكام للآمدي ٣٠/١، البحر المحيط للزركشي ١٣٢/٢، شرح الكوكب المنير لابن النجار الفتوحي ٣١٤/١، حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع ١٦١/٣.

(٤) انظر: نظم الدرر للبقاعي ٣٦٦/٤.

(٥) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ٩٢/١ ، غمز عيون البصائر للحموي ١٦٦/٢.

٢- إذا نذر مكي أن يمشي إلى بيت الله، فإن كلامه يحمل على أحد النسكين - الحج أو العمرة - اعتبارًا لعرفه، مع أن بيت الله يطلق لغة وشرعًا على أي مسجد[١] لأن كل من له كلام يحمل كلامه على عرفه.

٣- لو حلف الشاميُّ أنه لا يأكل خبزًا فأكل خبز الذرة لا يحنث من باب حمل كلامه على عرفه، لأن الخبز ما كان من البُرِّ في عرفه وعرف بلده[٢].

٤- جرى عرف بعض البلدان باستعمال كلمة الدابة في الحمار، والثوب فيما يسلك في العنق، فلو حلف رجل من أهل ذلك العرف أن لا يشتري دابة ولا ثوبًا، ولا نية له ، فلا يحنث بشراء فرس ولا عمامة، اعتبارًا لعرفه[٣]؛ لأن كل من له كلام يحمل كلامه على عرفه.

٥- لو قال مكي والله لا طفت ولا سعيت حنث بالطواف بالبيت، وبالسعي بين الصفا والمروة، وحنث غيره بالسعي على القدم والطواف في الأسواق، وحنث الوشاة بالسعي إلى الولاة[٤]، من باب حمل كلام المتلفظ على عرفه.

٦- لو أن مصريًا قال: والله لا آكل خبزًا، فأكل عصيدة أو فتيتا أو خبزَ أُرز فإنه لا يحنث؛ لأن العصيدة والفتيت والخبز المصنوع من الأرز لا يعد خبزًا في عرفه[٥]؛ وكل من له كلام يحمل كلامه على عرفة.

---

(١) انظر: رفع الحرج ليعقوب الباحسين ص ٤٦.

(٢) انظر: الدر المختار للحصفكي ٤/٨٢.

(٣) انظر: حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٤/٢٢١ .

(٤) انظر: الحاوي الكبير للماوردي ١٥/٩٧٤.

(٥) انظر: المبسوط للسرخسي ٨/١٨٥، بدائع الصنائع للكاساني ٣/٥٨، فتح القدير لابن الهمام=

٧- إن حلف شخص لا يسكن بيتا ولا نية له فسكن خيمة لم يحنث إذا كان حضريًا، ويحنث إن كان بدويًا؛ لأن البيت في عرف أهل الحضر دون أهل البادية هو البيت المبني حقيقة[1]، وكل من له عرف يحمل كلامه على عرفه.

٨- لو سأل لاعب محترف عن الحكم الشرعي للمصارعة، وجب أن يجيبه المفتي على أساس حمل كلامه على عرفه، والمصارعة في عرفه هي التي يشوبها العنف المصطدم بالمبادئ العامة في الشريعة الإسلامية.

د . مبروك عبد العظيم أحمد

* * *

= ١٢٧/٥، الجوهرة النيرة لأبي بكر محمد الحداداي ٢٠٤/٢، التاج والإكليل للمواق ٤٨٧/٤، نهاية المحتاج للرملي ٤٦/٧، المغني لابن قدامة ٥٩/١٠، المحلى لابن حزم ٣٢٦/٦، التاج المذهب للعنسي ٤١٣/٣، شرائع الإسلام للحلي ٣١٣/٤.

(١) انظر: المبسوط للسرخسي ١٦٧/٨.

رقم القاعدة: ٣٢٢

نص القاعدة: العُرْفُ الخَاصُّ يُؤَثِّرُ كَالعُرْفِ العَامِّ[١].

ومعها :

العادة المطردة في ناحية تنزل منزلة الشرط.

صيغ أخرى للقاعدة :

١- العرف الخاص معتبر[٢].

٢- المعهود بالعرف الخاص كالمعهود بالعرف العام[٣].

٣- العرف الخاص قائم مقام العام عند انتفائه[٤].

٤- العرف الخاص إن كان محصوراً لم يؤثر، وإن كان غير محصور اعتبر[٥].

٥- العرف الخاص هل ينزل في التأثير منزلة العرف العام؟[٦].

---

(١) الفتاوى الفقهية الكبرى للهيتمي ٣/٣٦٧.

(٢) الدر المختار للحصكفي ٤/٨٢.

(٣) الشرح الكبير للرافعي ٩/٦٩.

(٤) منهاج الفقاهة للصادق الروحاني ٥/٦٢.

(٥) انظر: المنثور للزركشي ٢/٣٨٨، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٥.

(٦) فتاوى ابن الصلاح ص٣٧٥، ونقله عنه كل من الزركشي في المنثور ٢/٣٩٤، والسيوطي في الأشباه والنظائر ص٩٢، والهيتمي في فتاويه ٢/١٨٣.

قواعد ذات علاقة :

١- العادة محكمة[١]. (أعم وأشمل).

٢- كل من له عرف يحمل كلامه على عرفه[٢]. (فرع عن القاعدة).

٣- عرف أهل بلد لا يلزم أهل بلد آخر إذا تخالفت أعرافهم[٣]. (فرع عن القاعدة).

٤- المعروف بين التجار كالمشروط بينهم[٤]. (فرع عن القاعدة).

٥- العادة المطردة في ناحية تنزل منزلة الشرط[٥]. (فرع عن القاعدة).

٦- العرف الخاص لا يؤثر»[٦]. (مخالفة).

٧- يقدم العرف الخاص على العرف العام[٧]. (متفرعة).

شرح القاعدة :

للعرف تقسيمات عدة باعتبارات مختلفة، كتقسيمه من حيث موضوعه إلى عرف قولي وعرف فعلي، ومن حيث موافقته أو مخالفته للشرع إلى صحيح وفاسد، إلى غير ذلك من تقسيمات يذكرها كل مَن يتعرض للحديث عن العرف والعادة، ومن هذه التقسيمات التي يذكرونها تقسيمه من حيث مَن يصدر عنه

---

(١) انظرها: في قسم القواعد الفقهية.

(٢) أنوار البروق في أنواع الفروق للقرافي ٢٩٦/١، تهذيب الفروق لمحمد المالكي ٨٢/١، معين الحكام للطرابلسي ١٢٩/١، وانظرها في قسم القواعد الفقهية.

(٣) السيل الجرار للشوكاني ١١٨/٣، وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "المدار على العرف بحسب البلدان".

(٤) مجلة الأحكام العدلية م/٤٤، وانظرها في قسم القواعد الفقهية.

(٥) الفتاوى الفقهية الكبرى للهيتمي ٥٨/٤.

(٦) انظر: نهاية المحتاج للرملي ٢٤٤/٦، ووردت بلفظ: "العرف الخاص لا يعتد به". انظر: تحفة المحتاج للهيتمي ١٩٦/٩.

(٧) انظر: فصل الخطاب للسيابي ٣٩/٢.

هذا العرف، فينقسم بهذا الاعتبار إلى عرف عام وعرف خاص[١]:

فالعرف العام هو الذي يكون فاشيًا في جميع البلاد بين جميع الناس في أمر من الأمور[٢]. كبيوع المعاطاة وعقود الاستصناع، وكالتعبير بوضع القدم على الدخول في نحو قول الشخص: لا وضعت قدمي في مكان كذا وكذا.

وأما **العرف الخاص** فهو الذي يكون مخصوصًا ببلد أو مكان دون آخر، أو بين فئة من الناس دون أخرى[٣]، وذلك كتعارف أهل بلد ما كمصر أو العراق مثلاً على عرف يخصهم من بين سائر البلدان، وكتعارف أرباب الحِرَف والصناعات على أمور لا توجد عند غيرهم، وكاستعمال علماء فنّ من الفنون لألفاظ معينة بمعان خاصة بهم، كاستعمال علماء النحو لألفاظ الرفع والنصب والجر والجزم لمعاني مخصوصة عندهم، وليس المقصود به ما يكون عادة لشخص واحد أو لأشخاص محصورين، كما لو تواضع تاجر في المعاملة على خلاف العرف العام في الأسواق، فمعاملته وإرادته الفردية لا تعبر إلا عن إرادة شخصية مقصورة عليه فقط، فلا عبرة بها، «وكما لو كانت عادة امرأة في الحيض أقل مما استقر من عادات النساء، فإنها ترد إلى الغالب في الأصح»[٤].

والقاعدة سيقت لبيان أن العرف الخاص له من العمل والتأثير ما للعرف العام من العمل والتأثير، فالعادة – وهي إما مرادفة للعرف أو أعم منه على خلاف بين العلماء والباحثين - محكَّمة، كما هو نص القاعدة الكبرى، وسواء في ذلك أكانت عامة أم خاصة، فإذا تعارف أهل بلد ما أو تعارفت طائفة معينة كالأطباء أو المحامين أو التجار مثلاً على عرف خاص بهم – وجب تحكيم هذا

---

(١) انظر: المنثور في القواعد للزركشي ٢/٣٧٧، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٩٣.

(٢) المدخل الفقهي العام للزرقا ٢/٨٧٧.

(٣) المدخل الفقهي العام للزرقا ٢/٨٧٨.

(٤) انظر: المنثور للزركشي ٢/٣٨٨، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٥.

العرف في تصرفاتهم التي تصدر عنهم وأُخذوا به، وفُسرت أقوالهم وما يصدر عنهم على أساس منه، وجعل كالمشروط بينهم لفظًا وإن لم يُنطق به، ولا يجوز بحال إهماله وعدم اعتباره وإلا دخل عليهم من العنت والفوضى الشيء الكثير.

وإذا كان العرف الخاص معمولاً به ومرجوعًا إليه فإنه إنما يكون كذلك في أهله خاصة، فإذا كان لأهل بلد مثلاً عرفٌ خاص بهم لم يجز تحكيمه في بلد آخر لا يتعارف أهله عليه، وقد عبرت عن هذا المعنى قاعدة: «عرف أهل بلد لا يلزم أهل بلد آخر إذا تخالفت أعرافهم»، وإذا كان لطائفة من الناس كالعمال أو الصناع أو التجار أو المحامين عرفٌ خاص بهم فإنه يحكم في الطائفة نفسها لا في طائفة أخرى ولا في بقية أهل البلد ممن لا ينتمي إلى هذه الطائفة، وقد اشتهر عند الفقهاء القاعدة التي تنص على أن «المعروف بين التجار كالمشروط بينهم» نظرًا منهم لهذا المعنى الذي نذكره، وهناك قواعد عدة ذكرناها في «قواعد ذات علاقة». هي تعبير واضح من الفقهاء عن هذا المعنى وإعمال منهم له.

ويشترط في إعمال العرف الخاص ما يشترط في إعمال العرف العام من شروط نجملها فيما يلي:

١- أن يكون العرف مطردًا أو غالبًا.

٢- أن يكون العرف المراد تحكيمه في التصرفات قائمًا عند إنشائها.

٣- أن لا يعارض العرفَ تصريحٌ بخلافه.

٤- أن لا يعارض العرفَ نصٌّ شرعي بحيث يكون العمل بالعرف تعطيلاً للنص[1].

(١) انظر: هذه الشروط مع شرحها في المدخل الفقهي العام للزرقا ٢/٨٩٧ وما بعدها.

ومما ينبغي التنبيه عليه هنا أن المراد باطراد العرف أو غلبته غير المراد من عموم العرف الذي يقابله خصوصية العرف التي هي موضوع قاعدتنا هذه؛ ذلك أن المراد باطراد العرف أو غلبته أن يكون جريان أهله عليه حاصلاً في جميع الحوادث - وهذا هو المراد بالاطراد - أو في أكثرها - وهو المراد بالغلبة - وليس معناه أن يكون عامًا شاملاً لكل الناس؛ والاطراد أو الغلبة شرط في كل عرف عامًا كان أو خاصًا، فكل من العرف العام والخاص يشترط لاعتباره وتحكيمه في المعاملات المطلقة أن يكون في محيطه مطردًا أو غالبًا على أعمال أهله.

والعرف الخاص الذي ينبغي أن يراعى ويعتبر هو العرف الصحيح لا الفاسد؛ فإذا تعارف قوم أو طائفة أو بلد على أمر منكر لا يبيحه الشرع كالتعامل بالربا في معاملاتهم وكشرب الخمور ولعب القمار في احتفالاتهم وأشباه ذلك مما حرمته الشريعة -لم يكن لعرفهم هذا اعتبار ولا أثر.

واعتبار العرف الخاص إذا توفرت فيه الشروط السابق ذكرها لإعماله موجود في كل مذهب، وقد بنى الفقهاء عليه من الأحكام الشيء الكثير، وما قد يفهم من عبارات بعض الحنفية من أن تحكيم العرف الخاص لا يعتبر عندهم - كعبارة ابن نجيم حين قال في أشباهه: «هل يعتبر في بناء الأحكام العرف العام أو مطلق العرف ولو كان خاصًا؟ المذهب الأول»[١] وكالذي نقله في البزازية من أن الحكم العام لا يثبت بالعرف الخاص[٢] - هذا الذي قد يفهم من هذه العبارات وأمثالها، ليس المراد به ما نحن فيه مما يتعلق باعتبار العرف وتحكيمه في التصرفات بين أهله، وإنما يقصدون به ذلك العرف الذي تخصص به النصوص ويُخالف من أجله القياس - وهذا الوجه وجه أصولي لقاعدة العرف - وقد فسر

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٠٢.

(٢) المصدر نفسه.

ابن عابدين تلك العبارة بأن معنى عدم اعتباره أنه إذا وجد النص بخلافه لا يصلح ناسخًا للنص ولا مقيدًا له، قال: «وإلا فقد اعتبروه في مواضع كثيرة، منها مسائل الأيمان، وكل عاقد وواقف وحالف يحمل كلامه على عرفه، كما ذكره ابن الهمام»[١].

وقد نص المالكية على اعتبار العرف الخاص؛ فقال القرافي رحمه الله: «وقد تكون – أي العادة – خاصة ببعض البلاد كالنقود والعيوب، وقد تكون خاصة ببعض الفرق كالأذان للإسلام والناقوس للنصارى، فهذه العادة يقضى بها عندنا لما تقدم في الاستصحاب»[٢]، وقال أيضًا: «لو خرجنا نحن إلى بلد آخر، عوائدهم على خلاف عادة البلد الذي كنا فيه، أفتيناهم بعادة بلدهم، ولم نعتبر عادة البلد الذي كنَّا فيه، وكذلك إذا قدم علينا أحد من بلدٍ عادتُه مضادة للبلد الذي نحن فيه، لم نُفْتِهِ إلا بعادة بلده»[٣].

وأما الشافعية ففي اعتباره عندهم وجهان؛ فقد ذكر الرافعي أن في إلحاق العرف الخاص بالعام خلافًا عندهم[٤]. وحكى السيوطي في أشباهه في ذلك وجهين، وذكر أن الأصح أنه ينزّل منزلة العرف العام[٥]، وقال في موضع آخر: «ولو اطردت عادة بلد بعكس ذلك، اعتبرت العادة في الأصح»[٦]. وقال ابن الصلاح وقد سئل عن مسألة فقال فيها بأنه يجري فيها الخلاف في أن العرف الخاص هل ينزل في التأثير منزلة العرف العام؟ قال: «والظاهر تنزيله في أهله

---

(١) رد المحتار لابن عابدين ٤/٥١٩.

(٢) شرح تنقيح الفصول للقرافي ص ٤٨٥.

(٣) نقله عنه ابن فرحون في تبصرة الحكام ٢/٧٥.

(٤) انظر: الشرح الكبير للرافعي ٩/٥٩.

(٥) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٥.

(٦) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٠.

بتلك المنزلة»[١]، والذي في مواضع من كتب الفقه عندهم إطلاق القول بأن العرف الخاص لا يؤثر[٢]، كما قد صرحوا بأن العرف المطرد في ناحية لا ينزل منزلة الشرط خلافًا للقفال منهم، وهي إحدى صور القاعدة[٣]، لكن عندهم من الفروع ما أعملوا العرف الخاص فيها، ولذلك يقول الهيتمي بأن أصل اعتبار العادة الخاصة لا يخالف الشافعية فيه؛ فقد صرحوا باعتبارها في مسائل. ثم عدد بعضًا منها، ثم قال: «وبقي مسائل أخرى كثيرة اعتبروا فيها العرف الخاص لا يخفى على الفقيه استخراجها»[٤]. وقال النووي: «ولا يجوز للمفتي أن يفتي فيما يتعلق بالألفاظ كالأيمان والإقرار والوصايا ونحوها، إلا إذا كان من أهل بلد اللافظ أو نازلا منزلتهم في الخبرة بمرادهم في العادة»[٥]. وقد عبرت بعض صيغ القاعدة عن وجهة النظر المعارضة فنصت على أن «العرف الخاص لا يرفع مقتضى اللغة ولا العرف العام».

وأما بقية المذاهب الفقهية فإن عندهم من الفروع الفقهية ما يعلم به من خلالها اعتبارهم للعرف الخاص وأخذهم به وبناء الأحكام عليه[٦].

وهنا نقطة مهمة، وهي أنه ينبغي على المفتي والقاضي مراعاة هذه الأعراف الخاصة وألا يجمدا على ما في كتب أئمة المذاهب التي ربما يفتون أو يقضون بها؛ إذ إن كثيرًا من الأحكام تتغير بتغير الأعراف كما هو معلوم، وكثيرًا ما يبنى الحكم فيها على عادة قوم، فربما يكون الحكم الموجود في هذه الكتب

---

(١) فتاوى ابن الصلاح ص٣٧٥، ونقلها السيوطي في الأشباه والنظائر ص ٩٢.

(٢) انظر: نهاية المحتاج للرملي ٦/٢٤٤، تحفة المحتاج للهيتمي ٩/١٩٦، الفتاوى الفقهية للهيتمي ٤/٥٨، أسنى المطالب ٣/١٣٥.

(٣) ويأتي لاحقا تفصيل القول فيها.

(٤) الفتاوى الفقهية الكبرى لابن حجر الهيتمي ٢/١٨٣.

(٥) روضة الطالبين للنووي ١١/١١١، وانظر: قريبًا منه في المجموع له ١/٤٦.

(٦) انظر: المبدع شرح المقنع لابن مفلح ٧/٨٢، تحرير المجلة لكاشف الغطاء ٤/١٤٣، التاج المذهب للعنسي ٢/٤٣٦، شرح النيل لأطفيش ١٦/٢٨٥.

مبنيًا على عرف قد تغير الآن أو على عرف خاص ببلد صاحب الكتاب أو قومه، وتكون عادة غيرهم بخلافها؛ يقول ابن عابدين في هذا الشأن: «ليس للمفتي ولا للقاضي أن يحكما بظاهر الرواية ويتركا العرف»[١]. وقال أيضًا: «ولهذا قالوا في شروط الاجتهاد أنه لابد فيه من معرفة عادات الناس، فكثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان لتغيّر عرف أهله أو لحدوث ضرورة أو فساد أهل الزمان بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه أولا للزم منه المشقة والضرر بالناس ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ودفع الضرر والفساد لبقاء العالم على أتم نظام وأحسن أحكام، ولهذا ترى مشايخ المذاهب خالفوا ما نصَّ عليه المجتهد في مواضع كثيرة بناها على ما كان في زمنه لعلمهم بأنه لو كان في زمانهم لقال بما قالوا به أخذًا من قواعد مذهبه»[٢] اهـ. ومن هنا جاءت القاعدة الأصولية: «يفتى في كل بلد بحسب عرف أهله».

والعرف الخاص قد يعارض العرف العام وقد لا يعارضه، فإذا لم تكن بينهما معارضة فلا إشكال، ويكون الأخذ بالعرف الخاص حينئذ لازمًا، ولابد من اعتباره وتحكيمه في تصرفات الناس وأحوالهم، وأما إذا وقع بينهما خلاف فالذي تدل عليه الفروع الفقهية لجمهور العلماء اعتبار العرف الخاص وتحكيمه، كما يتضح من تطبيقات القاعدة، أما الشافعية فقد ذكر الزركشي والسيوطي منهم أن الضابط فيه عندهم أنه **إن كان المخصوص محصورًا لم يؤثر**، كما لو كانت عادة امرأة في الحيض أقل مما استقر من عادات النساء ردت إلى الغالب في الأصح – وقيل: تعتبر عادتها - **وإن كان غير محصور اعتبر**، كما لو جرت عادة قوم بحفظ زرعهم ليلاً ومواشيهم نهارًا، فهل ينزل ذلك منزلة

---

(١) رسائل ابن عابدين ٢/١٣٣.

(٢) رسائل ابن عابدين ٢/١٢٥.

العرف العام في العكس؟ وجهان، الأصح: نعم[١] اهـ.

ومن المباحث المتعلقة بالقاعدة ما إذا عارض العرفُ الخاص اللغةَ، كما لو حلف لا يشرب ماء فهل يحنث بالعذب فقط أم به وبالمالح أيضًا وإن لم يُعْتَدْ شربُه اعتبارًا بالإطلاق والاستعمال اللغوي؟ قال الزركشي: «ويعبر عنها بأنه يراعى عرف واضع اللسان أو عرف الحالف؟ وهل يعتبر عرف اللفظ أو عرف اللافظ؟ أو الاصطلاح الخاص هل يرفع العام؟[٢] ثم ضبطه بأنه إن كان الخاص ليس له في اللغة وجه البتة فالمعتبر اللغة، وإن كان له فيه استعمال ففيه خلاف، وإن تخصصت اللغة في استعمالهم وهجر استعمال بعضها فلا يستعمل إلا نادرًا أو صارت نسيًا منسيًا فالمقدم العرف»[٣]. والذي عليه الحنفية أن العبرة للعرف لا للغة[٤].

وقد سبقت الإشارة إلى أن القاعدة لها جانب أصولي يتعلق بتخصيص العرف للعام وتقييده للمطلق من النصوص الشرعية ومخالفة القياس به، وأن العرف الخاص لا يقوى على القيام بذلك، وإنما الذي يقوم به هو العرف العام، وقد عبرت بمن ذلك القاعدة التي تنص على أنه هل يعتبر في بناء الأحكام العرف العام أو مطلق العرف ولو كان خاصًا؟

والقاعدة فرع عن القاعدة الكبرى «العادة محكمة» إذ العادة قد تكون عامة وقد تكون خاصة، والقاعدة التي بين أيدينا متعلقة بالعادة الخاصة، كما هو بيّن واضح، وهي فرع أيضًا عن قاعدة رفع الحرج؛ إذ في ترك إعمال العرف الخاص حرج عظيم على الناس كما لا يخفى.

---

(١) انظر: المنثور في القواعد للزركشي ٢/٣٨٨، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٥.

(٢) المنثور ٢/٣٨٤.

(٣) المنثور ٢/٣٨٥ فما بعدها.

(٤) انظر: المبسوط للسرخسي ٨/١٧٨، كشف الأسرار لعلاء الدين عبد العزيز البخاري ٢/٩٧.

ومن مظاهر إعمال العرف الخاص وتحكيمه حمل كلام المتكلم على عرفه وعادته، فإذا وقف أو نذر أو حلف كان لعرفه مدخل في تفسير ما نطق به، وقد عبرت عن هذا قاعدة: «كل من له عرف يحمل كلامه على عرفه» وضابط: «العادة المطردة في زمن الواقف وبلده منزلة منزلة شرطه»، ومما تفرع عن القاعدة قاعدة: «يعتبر في كل إقليم وفي كل عصر عرف أهله» وقاعدة: «المعروف بين التجار كالمشروط بينهم» وقاعدة: «العادة المطردة في ناحية تنزل منزلة الشرط» وغيرها من القواعد والضوابط الفقهية، التي تعكس أهمية القاعدة واتساع نطاقها.

أدلة القاعدة:

قاعدة «العادة محكمة» وأدلتها؛ إذ القاعدة أحد أبرز فروعها.

تطبيقات القاعدة:

أولاً: تطبيقات هي أحكام جزئية:

١- إذا جرت عادة قوم بترك العمل في أيام معينة من الأسبوع ومن السنة فإن للأجير ترك العمل فيها وإن خلا عقد الإجارة عن التنصيص على ترك العمل في هذه الأيام؛ عملاً بالعرف الخاص بهم، وكذا لو كان العقد خاصًا بطائفة معينة كالأطباء أو الصناع أو التجار ونحوهم، فإن المرجوع إليه في ذلك عرفهم في تحديد أيام إجازتهم وإن لم ينص في العقد على ذلك[1].

٢- تراعى عادة الحالف وعرف بلده في يمينه؛ فإذا حلف أن لا يأكل

---

(١) ومن هذا القبيل ما ورد عن بعض الفقهاء من القول بجواز ترك المتفقهة التدريسَ في بعض الأيام التي جرت عادة القوم بترك التدريس فيها وإن لم يرد نص من صاحب الوقف على ذلك، عملاً بهذا العرف الخاص. انظر: ما نقله الهيتمي في فتاويه في هذه المسألة ٣/٢٨٥.

خبزًا مثلاً حنث بأكل الخبز الذي اعتاده أهل بلده، فإنْ أكل ما يُعدّ خبزًا عند غيرهم لا عندهم لم يحنث بذلك؛ عملاً بعرفه، وإذا حلف لا يأكل شواء وكان عرف بلده إطلاقه على اللحم المشوي لا كل ما يشوى على النار، لم يحنث إلا بأكل شواء اللحم خاصة، وهكذا[1] وكذلك الحال بالنسبة للأقارير والنذور تحمل موجباتها على حسب عرف الناذر والمقر[2]، وعرف البلد بالنسبة لبقية البلاد عرف خاص به.

٣- يجب مراعاة ما تعارف عليه أهل كل مدينة من تحديد أجور المستأجرات فيها كوسائل النقل والمواصلات وأجور استئجار الغرف في الفنادق ونحو ذلك، فإذا استأجر إنسان شيئًا من ذلك دون ذكر الأجرة رجع في ذلك إلى ما تعارفوه عملاً بهذا العرف الخاص بهم.

٤- عادة المسلمين منذ القديم الاعتبار بالأشهر الهلالية في ديونهم وإجاراتهم ونحو ذلك مما يوقتون فيه من أمور معاملاتهم، ولا زال هذا باقيًا في بعض البلدان، إلا أن كثيرًا من بلدانهم الآن جرى العرف فيها باعتبار الأشهر الميلادية بدلاً من ذلك، فإذا أطلقت المدة في عقد من العقود أو في حلول دين أو تأجيله ونحو ذلك فإن المردّ في ذلك إلى ما جرى به عرف البلد[3].

٥- يراعى عرف كل قوم فيما يدخل في المبيع تبعًا وفيما لا يدخل، فإذا بيعت سيارة أو منزل أو جهاز أو دابة ونحو ذلك دخل في العقد كلٍ ما تعارف الناس على دخوله فيه، وإن لم ينص في العقد عليه، عملاً بالعرف المطرد عندهم[4].

---

(١) انظر: الدر المختار للحصكفي ٤/٨٢، إعلام الموقعين لابن القيم ٣/٤٥.
(٢) انظر: إعلام الموقعين لابن القيم ٣/٤٥.
(٣) تحرير المجلة لكاشف الغطا ٤/١٤٣.
(٤) انظر: المدخل الفقهي العام للزرقا ٢/٨٩٠.

٦- تراعى عادة كل طائفة من الطوائف إن كانت لهم عادة مطردة في كيفية أخذ العوض المستحَق، فإذا حدث خلاف حكمت العادة الخاصة بهم، فمن ذلك ما شاع بين المحامين من أن جانبًا معلومًا من أجور الدعاوى التي يتقبلونها كالنصف مثلاً يكون مؤجلاً ومعلقًا على ربح الدعوى وصيرورة الحكم بها مبرمًا، واستخراج وثيقة الحكم ووضعها في دائرة التنفيذ(١)، وكما لو تبايع تاجران وجرى العرف بين التجار على أن يُدفع قدر معلوم من الثمن حالاً أو على أن دفع كل الثمن يكون مقسطًا على أقساط معلومة يكون ذلك العرف مرعيًا بمنزلة الشرط الصريح(٢).

٧- ينبغي مراعاة عرف بلد صاحب الوقف فيما أطلقه من ألفاظ، كما لو وقف شخص على درس الحديث ولم يعلم مراد الواقف؛ هل من يدرس علم الحديث وهو معرفة المصطلح، أم يقرأ متن الحديث؟ فيتبع اصطلاح كل بلد في مثل هذا(٣).

٨- يردّ الاختلاف في متاع البيت بين الزوجين إلى عرف قومهما، فما عرف أنه للرجال فهو للزوج، وما عرف أنه للنساء فهو للزوجة، فرب متاع يشهد العرف في بلد أو زمان أنه للرجال ويشهد في بلد آخر أو زمان آخر بأنه للنساء ويشهدون في الزمان الواحد والمكان الواحد أنه من متاع النساء بالنسبة إلى قوم ومن متاع الرجال بالنسبة إلى قوم آخرين(٤)، وكذلك يراعى العرف الخاص فيما يتعلق بمهور النساء

---

(١) انظر: المدخل الفقهي العام ٢/٨٧٨.

(٢) انظر: شرح القواعد للزرقا ص ٢٣٩، شرح المجلة للأتاسي ١/١٠١-١٠٢.

(٣) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص٩٢، شرح المجلة للأتاسي ١/٩٥، التحقيق الباهر لهبة الله أفندي ١/٣٦٦.

(٤) تبصرة الحكام لابن فرحون ٢/٦٨.

فإذا كانت العادة تقسيم المهر إلى مقدم ومؤخر في بعض البلاد روعي ذلك فيها، وإذا كانت عادة قوم تعجيل كل المهر روعي ذلك فيهم، ورجع كلٌّ إلى عرفه فيما يتعلق بالخلاف بين الزوجين فيه.

٩- إذا أطلق المتعاقدان الثمن أو الأجر ولم يبينا حمل ذلك على النقد الغالب في بلد التعاقد، ففي كل بلد يحمل ذلك على النقد الغالب في البلد[(١)]، وكذلك الألفاظ المتعارفة في المعاملات في كل بلد تجري على عادة أهلها، ويعاملون دون غيرهم بما يقتضيه ذلك من أحكام[(٢)].

١٠- تفسر ألفاظ الموكل على حسب ما تعارف عليه أهل بلده، فإذا قال للوكيل: اشتر لي لحمًا مثلاً. وكانت عادتهم أكل لحم البقر دون الإبل، فإن لفظه المطلق ينصرف إلى ما تعارفوا عليه في محلتهم، وهكذا في كل ألفاظه[(٣)].

ثانيًا : تطبيقات هي قواعد فقهية :

٣٢٣ـ نص القاعدة: العادَةُ المُطَّرِدَةُ في ناحِيَةٍ تُنَزَّلُ مَنْزِلَةَ الشَّرْطِ[(٤)].

ومن صيغها :

١- إذا عم العرف في ناحية بشيء فهل يجعل عموم العرف في حكم الشرط؟[(٥)].

٢- العادة المطردة في ناحية، هل تنزل عادتهم منزلة الشرط؟[(٦)].

---

(١) انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام ١/ ٤٥.
(٢) انظر: العرف لأبي سنة ص٦١.
(٣) انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام ١/ ٤٥.
(٤) الفتاوى الفقهية الكبرى للهيتمي ٤/ ٥٨.
(٥) المنثور للزركشي ٢/ ٣٩٠.
(٦) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٦.

شرح القاعدة:

سبق بيان أن من شروط إعمال العادة سواء أكانت عامة أم خاصة أن تكون مطردة – فإذا اطردت عادة في ناحية أو جهة كأن تكون في بلدة معينة أو في ناحية من نواحيها، فهل يكون اطراد هذه العادة منزلاً منزلة الشرط، بحيث إذا عقد إنسان عقدًا وكان لهذه العادة مدخل فيه ولم يذكرها في العقد عند إبرامه، فهل يكون كأنه اشترط ذلك بلفظه في صلب العقد؛ اعتمادًا على اطراد هذا العرف الخاص، أم أن هذه العادة تقصر عن رتبة الشرط اللفظي فلا تتنزل منزلته؟

نصت القاعدة بلفظها المختار على أنها تتنزل منزلة الشرط وتقوم مقامه، وهي تنسب إلى القفال من الشافعية[1]. وقد خالفه جمهور الشافعية في ذلك فقالوا بأنها لا تتنزل منزلة الشرط؛ قال الهيتمي: «الأصح أن العرف الخاص لا يرفع اللغة ولا العرف العام ولا يعارضه، ومن ثم ضعف الجمهور قول القفال: إن العادة المطردة في ناحية تنزل منزلة الشرط»[2]. وقد وردت الصيغة الاستفهامية للقاعدة دالة على هذا الخلاف، والقاعدة مبنية على قاعدة: «المعروف عرفًا كالمشروط شرطًا»[3]. الأعم منها، وقد أخذ بها جمهور العلماء[4]، وخالفهم فيها الشافعية في المشهور من مذهبهم حيث نصوا على أن «العادة ليس لها قوة الشرط في المعاوضات»[5]، وبالتالي فإن جمهور العلماء مع

---

(١) الفتاوى الفقهية الكبرى للهيتمي ٤/٥٨.

(٢) الفتاوى الفقهية الكبرى للهيتمي ٤/٥٨، وانظر: النقل عن القفال أيضًا في الشرح الكبير للرافعي ٩/٦٤، والأشباه والنظائر للسيوطي ص٩٦.

(٣) مجلة الأحكام العدلية م/٤٣.

(٤) انظر: المبسوط للسرخسي١٣/١٤، تبيين الحقائق للزيلعي٤/١٣١، التبصرة لابن فرحون ١/١٢٥، شرح مختصر خليل للزرقاني٣/١٢٩، المغني لابن قدامة ٦/٨ ، ١١٠، الإنصاف للمرداوي ٤/٣١٤، شرح النيل لأطفيش ٧/٤٠٤.

(٥) تحفة المحتاج ٦/٣١٤، نهاية المحتاج ٥/٤٢٣.

القفال في كون العرف المطرد في ناحية يتنزل منزلة الشرط خلافًا لجمهور الشافعية.

والمراد من الناحية، الوارد ذكرها في نص القاعدة الموضع كمدينة أو جزء منها، هذا هو المتبادر من لفظها ومن استعمال الفقهاء لها، إلا أن هناك فروعًا فقهية ذكرها الزركشي والسيوطي تدل على أنهم أرادوا بها ما هو أعم من ذلك؛ إذ أوردوا تحتها اطراد عادة شخص أيضًا كما سنذكره في التطبيقات.

ومن تطبيقاتها :

١- لو جرت عادة قوم بقطع الثمر قبل النضج، كما لو كان في البلاد الشديدة البرد كرومٌ لا ينتهي ثماره إلى الحلاوة واعتاد أهلها قطعه حصرمًا، فيجوز بيعه بلا شرط القطع، وتتنزل العادة الخاصة بتلك الناحية منزلة الشرط، وهذا عند القفال والجمهور، والأصح عند الشافعية أنها لا تتنزل؛ فلا يصح هذا البيع إلا باشتراط قطعه لفظًا[1].

٢- لو عمّ في أهل ناحية اعتياد إباحة منافع الرهن للمرتهن كان ذلك بمثابة اشتراط المرتهن لذلك عند القفال والجمهور، فيبطل العقد عند من يقول بأن اشتراط ذلك يبطل العقد كما هو قول الشافعية وقول عند الحنفية[2]، ويكون العقد صحيحًا عند من لا يقول بذلك كالمالكية[3]، وأما جمهور الشافعية فيقول: لا يتنزل ذلك منزلة الشرط[4].

---

(١) انظر: الشرح الكبير للرافعي ٩/٦٤، المنثور ٢/٣٦٢، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٦.

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين ٥/٣١٠، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٦.

(٣) ويشترط عندهم أن يكون الدين من بيع أو شبهه أما إن كان سلفًا فلا يجوز لأنه سلف جر منفعة. انظر: القوانين الفقهية ص٣١٩، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣/٢٤٦.

(٤) انظر: المنثور ٢/٣٦٢، الأشباه والنظائر للسيوطي ص٩٦، الفتاوى الفقهية لابن حجر الهيتمي ٢/١٨٣.

٣- لو جرت عادة المقترض برد أزيد مما اقترَض، فهل ينزل منزلة الشرط، فيحرمَ إقراضه؟ قولان للعلماء، وهما وجهان عند الشافعية، أصحهما عندهم: لا[١]. وقال الحموي من الحنفية: الذي يؤدي إليه نظر الفقيه أنه لا يحرم؛ لأنه يحمل على المكافأة على المعروف وهو مندوب إليه شرعًا حيث دفعه المقرض قرضًا محضًا فجازاه عليه، ولم يشترط، ودفعه المستقرض لا على وجه الربا[٢].

٤- كل صانع نصب نفسه للعمل بأجرة فإن سكوته كالاشتراط، كما لو دفع ثوبًا إلى خياط ليخيطه ولم يذكر أجرة، وجرت عادته بالعمل بالأجرة، نزلت عادته منزلة الشرط[٣]، والأصح عند الشافعية أنها لا تنزل[٤].

إبراهيم طنطاوي

* * *

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٦، وإليه ذهب ابن حزم كما في المحلى ٨/ ٧٧.
(٢) انظر: غمز عيون البصائر للحموي ١/ ٣٠٨.
(٣) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٩٩، المغني لابن قدامة ٦/ ١٦٢.
(٤) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٦.

رقم القاعدة: ٣٢٤

نص القاعدة: المَدَارُ عَلَى العُرْفِ بِحَسَبِ البُلْدَانِ[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- يعتبر في كل موضع عرف أهل ذلك الموضع[٢].

٢- يعتبر في كل ناحية عرف أهلها المطَّرد[٣].

٣- العمل الجاري ببلد لأجل عرفها لا يعم سائر البلدان[٤].

٤- يتبع في كل جهة عرفها[٥].

٥- عرف أهل بلد لا يلزم أهل بلد آخر إذا تخالفت أعرافهم[٦].

٦- يعتبر في كل إقليم عرف أهله[٧].

---

(١) حاشية المعداني على شرح الشيخ ميارة على تحفة الحكام للحسن بن رحال بن أحمد بن علي التدلاوي ثم المعداني ١/١٨٧، نشر: دار الفكر.

(٢) شرح السير الكبير للسرخسي ٥/١٨٠٣.

(٣) تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ٥/٣١٦.

(٤) البهجة للتسولي ١/٢٢.

(٥) السيل الجرار ٣/٥٣.

(٦) السيل الجرار للشوكاني ٣/١١٨.

(٧) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٤/٩٨. وبلفظ آخر: "العرف يختلف باختلاف البلد" شرح الأزهار لابن مفتاح ٤/١٢.

قواعد ذات علاقة :

١- العادة محكمة[١]. (أعم وأشمل).

٢- كل من له عرف يحمل كلامه على عرفه[٢]. (متفرعة).

٣- كل ما وجب في الذمة بالشرع اعتبر فيه عرف البلد[٣]. (متفرعة).

٤- العبرة في العقود إنما هو بعرف المتعاقدين[٤]. (متفرعة).

٥- يفتى في كل بلد بحسب عرف أهله[٥]. (أخص).

٦- الوصايا والأوقاف تنزل على عرف البلد[٦]. (أخص).

شرح القاعدة :

المراد بالعرف : ما يغلب على الناس من قول أو فعل أو ترك، أو ما اعتاده الناس من الأفعال العادية أو المعاملات المدنية[٧] ومنشأ الأعراف سننُ معايش الآدميين وطرائق سلوكهم الاجتماعي وصيغ ألفاظهم وتعبيراتهم وسائر ما تواضعوا عليه وألفوه وتوارثوه جيلاً بعد جيل، والعرف ينقسم باعتبار نطاق تطبيقه إلى عرف شامل يحكم علاقات الأفراد بغض النظر عن الإقليم أو المهنة، وعرف خاص، وهو نوعان: أحدهما: إقليمي وهو خاص بجهة جغرافية معينة

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٩، حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع ٥/٣٨٢، غاية الأصول في لب الأصول لأبي يحيى زكريا الأنصاري ١/١٥٦، شرح الكوكب المنير لابن النجار ٤/٤٤٨، وانظرها في قسم القواعد الفقهية.

(٢) الفروق للقرافي ١/٢٩٦، معين الحكام للطرابلسي ١/١٢٩، وانظرها في قسم القواعد الفقهية.

(٣) المهذب للشيرازي ١/١٤٦.

(٤) الفتاوى الفقهية الكبرى لابن حجر الهيتمي ٢/١٤٢.

(٥) مطالب أولي النهى للرحيباني ٦/٣٩٥، إعلام الموقعين لابن القيم ٣/٤٥.

(٦) الحاوي للفتاوى للسيوطي ٢/٣٣.

(٧) انظر: العرف حجيته وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة لعادل بن عبد القادر بن محمد ولي قوتة ص ١/٩٨، نشر: المكتبة المكية، الطبعة الأولى لعام ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.

سواء كانت كبيرة كدولة أو صغيرة كقرية أو بينهما كمدينة، والآخر: مهني: وهو خاص بطائفة من الناس ينتظمهم عمل واحد كالأطباء، والمهندسين، والمحامين، والبنائين، والخياطين، وغيرهم، والقاعدة التي بين أيدينا تتعلق بنوع من هذه الأعراف، وهو العرف الإقليمي الذي تعارفت عليه جهة من الجهات.

والمقصود بها: أن العمل الجاري بجهة من الجهات كدولة أو مدينة أو قرية إذا استقرت عليه نفوس الناس في تلك الجهة وتلقته بالقبول، فإنه يلزمهم فيما يجري بينهم من معاملات معيشية فيما لا نص فيه من قبل الشارع أو تصريح بخلافه من قبل المكلفين، ولا يشمل ذلك الجهات والبلدان الأخرى التي لم يعرف أهلها هذا العمل ولم يألفوه[١].

وهذه القاعدة ذات أهمية بالغة للفصل في الحقوق حيثما كانت المعاملة الجارية تتنازعها أعراف متضادة، فإن هذه القاعدة تقرر أن كل عرف إنما يلزم الجهة التي نشأ فيها، وينزَّل في حقها منزلة الشرط وإن لم يصرح به[٢]. كمن استأجر رجلاً يومًا للعمل، وكان يوم العمل في عرف المؤجر يبدأ من الساعة الثامنة صباحًا إلى الساعة الرابعة عصرًا، وكان يوم العمل في عرف المستأجر يبدأ من الساعة التاسعة صباحًا إلى الساعة الواحدة بعد الظهر، ولم يتضمن عقد الإجارة عنصرًا ينظم هذه المسألة، فالمرجع في ذلك عرف الجهة التي نشأ فيها العقد سواء صادف عرف المؤجر أو المستأجر[٣].

ولقد خرّج الفقهاء على هذه القاعدة عدة قواعد وضوابط هي حاضرة في أبوابها، ولا يستغني عنها المكلفون في أكثر المعاملات الجارية بينهم، ومن

---

(١) انظر: البهجة شرح التحفة للتسولي ١/ ٢٢، القواعد الفقهية والقواعد الملحقة لخالد الزرعي ١/ ٣٤.

(٢) انظر: التاج والإكليل للمواق ٦/ ١٩٦، شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ٧/ ٤٠٤.

(٣) انظر: درر الحكام لعلي حيدر١/ ١٩٣، حاشية البجيرمي٤/ ١٥٩، البحر الزخار لابن المرتضى٥/ ٣٢.

أهمها: «يفتى في كل بلد بحسب عرف أهله»[١]، «المرجع في كيفية إحياء الأراضي إلى عرف الجهة»[٢]، «يرجع في جنس المأدوم والملبوس إلى عادة أمثالها من أهل البلد»[٣]، «الوصايا والأوقاف تنزل على عرف البلد»[٤]، «العبرة في وقف المنقولات بعرف كل بلد»[٥]، «النفقة على الأقارب تختلف مقداراً وصفة بحسب عرف كل بلد ووضعه»[٦]، «اعتبار العرف في نقد البلد في المعاملات»[٧]، «كل ما كان من توابع العمل في الإجارة الواقعة على العمل ولم يشترط على الأجير يعتبر فيه عرف البلد الذي عقدت فيه الإجارة»[٨].

وواضح من تطبيقات القاعدة أن مجالها يشمل جلّ التصرفات الجارية بين الناس سواء كانت متعلقة بالأعيان أو المنافع وسواء كانت من باب المعاوضات أو من باب التبرعات وما يتصل بها من توابع ومشتملات.

أدلة القاعدة :

١ - عن سليمان بن يعقوب عن أبيه قال: «مات رجل من الحي وأوصى أن ينحر عنه بدنة، فسألنا ابن عباس عن البقرة، فقال: تجزي. قال: من أي قوم أنت؟ قال: قلت: من بني رباح. قال: وأني لبني رباح البقر! إنما البقر للأزد وعبد القيس»[٩].

---

(١) مطالب أولي النهى للرحيباني ٣٩٥/٦، إعلام الموقعين لابن القيم ٤٥/٣.
(٢) انظر: البحر الزخار لابن المرتضى ٧٢/٥، شرائع الإسلام للحلي ٢١٩/٣.
(٣) شرائع الإسلام للحلي ٢٩٣/٢. وانظر: الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية للعاملي ٤٧١/٥.
(٤) الحاوي للفتاوى للسيوطي ٣٣/٢.
(٥) قانون العدل والإنصاف في القضاء على مشكلات الأوقاف لمحمد قدري باشا ص٢٧، نشر: المطبعة الأميرية، الطبعة الأولى لعام ١٣٢٧هـ.
(٦) نظرية العرف لعبد العزيز الخياط ص١٣١، نشر: المطبعة الأميرية، الطبعة الأولى، لعام ١٣٢٧هـ.
(٧) التقريب لبكر أبي زيد ص ٢٣٠.
(٨) درر الحكام لعلي حيدر ٥٦٣/١.
(٩) رواه ابن أبي شيبة ٥٠٦/٨ (١٤٨٧٧)، والفسوي في المعرفة والتاريخ ٧/٣، وابن قتيبة في غريب الحديث ٢٣٤/١ و٤٧٢/٢.

أوجب ابن عباس - رضي الله عنهما - على الورثة أن يخرجوا الوصية من الإبل، لما أُخبر أن الموصي من بني رباح، والعرف جار في هذه الجهة بأن البُدْن عند إطلاقها تنصرف إلى الإبل بعد أن جوز لهم إخراج البقرة، بدليل قوله مستعجبًا «وأنى لبني رباح البقر! وإن كانت البدن تنصرف إلى البقر أيضًا باعتبار الوضع في جهات أخرى غير جهة بني رباح كالأزد وعبد القيس، فدل ذلك على أنه يتبع في كل جهة عرفها»[١].

٢- قاعدة «العادة محكمة» ودليلها لأن الأصل ودليله دليل لفرعه.

تطبيقات القاعدة :

١- إذا اشترى شخص سلعة محمولة على دابة، ولم يشتمل العقد على بند خاص بكيفية توصيل السلعة ونفقاتها، فالمرجع في ذلك عند التنازع عرف البلد الذي جرى فيه التعاقد، وإن كانت هناك أعراف أخرى تقضي بغير ذلك[٢]. لأن عرف البلد معتبر في الحكم.

٢- إذا اشترى شخص حذاءً من متجر، وكان عرف الجهة التي يقع فيها المحل أن الحذاء إنما يجرب أثناء المساومة لا بعد البيع والانصراف من المتجر، فأخذه المشتري دون أن يجربه، ثم رجع به يدعي أنه ضيِّقٌ، لم يلزم البائع قبول الرد، وإن كانت هناك أعراف جهات أخرى تجوز الرد[٣] لأنه يعتبر في كل ناحية عرف أهلها المطَّرد.

---

(١) انظر: شرح السير الكبير للسرخسي ١٨٠٣/٥، فتح القدير لابن الهمام ٤٥٥/٣، بدائع الصنائع للكاساني ٣٥/٣، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر لشيخي زاده ٩١/٢.

(٢) انظر: درر الحكام لعلي حيدر ٢٣٣/١، السيل الجرار للشوكاني ٥٣/٣.

(٣) انظر: الخيار وأثره في العقود لعبد الستار أبو غدة ٣٩٢/٢، ٣٩٣، نشر: مطبعة مقهوي الكويت لعام ١٤٠٥هـ/١٩٨٥م.

٣- لو تزوج شخص امرأة على عشرة آلاف، دون أن تحدد هذه الألف بالعُمْلة ودون أن يحدد موعد الوفاء بالصداق، فالمرجع في تحديد ذلك عند الاختلاف إلى عرف البلد الذي تم فيه العقد[١]؛ لأن المقرر أنه يعتبر في كل موضع عرف أهل ذلك الموضع.

٤- إذا تزوج رجل امراة، وبعد البناء بها، ادُّعِي عليه من قبل الزوجة أنه لم يدفع إليها الصداق، وكان عرف البلد الذي تم فيه الزواج مطردًا على أن الزوج لا يبني بزوجته إلا بعد دفع الصداق، فهذه قرينة تشهد للزوج بالصدق، ويلزم الزوجة أو وليها الحلف على عدم أخذ الصداق، وإن كانت هناك أعراف أخرى تقضي بغير ذلك[٢]. لأنه يعتبر في كل ناحية عرف أهلها المطَّرد.

٥- إذا تزوج رجل امرأة على صداق قدره مائة وخمسون جرامًا من الذهب، ثم اختلفا في لونه ودرجة جودته: هل هو الذهب الأبيض أو الأحمر، وهل هو من الذهب عيار (٢١ أو ١٨، أو ٢٤). فالمرجع في ذلك عرف البلد الذي أجري فيه التعاقد دون أعراف البلاد الأخرى[٣]؛ لأن المدار على العرف بحسب البلدان.

٦- إذا طلق الرجل زوجته وتنازعا على أثاث البيت، فيقضى لكل منهما بما شهد له عرف البلد الذي يعيشان فيه أنه متاعه، وإن كانت أعراف بلاد أخرى جارية على غير ذلك[٤]؛ لأن عرف أهل بلد لا يلزم أهل بلد آخر إذا تخالفت أعرافهم.

---

(١) انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/٣٠٣.
(٢) انظر: تبصرة الحكام لابن فرحون ١/٢٣٨.
(٣) انظر: معناه في إعلام الموقعين لابن القيم ٤/١٧٥.
(٤) انظر: البهجة للتسولي ١/٢٢.

٧- إذا اختلف صاحب الأرض والعامل على من تكون نفقات الحصاد والدراس والتصفية، فالمرجع في ذلك عند عدم انطواء العقد على بند ينظم ذلك، عرف البلد الذي جرت فيه المعاملة، وإن كانت أعراف البلاد الأخرى تخالفها[1]؛ لأن المدار على العرف بحسب البلدان.

٨- لو وكل شخص آخر بأن يبيع له طعامًا، وكان عرف البلد الذي جرى فيه التعاقد يقضي بأن بيع الطعام يكون بالوزن، فباعه الوكيل كيلاً، جاز للموكل أن يدفع بعدم نفوذ هذا التصرف في حقه، وإن كانت أعراف البلاد الأخرى تبيعه بالكيل[2]؛ لأن المدار على العرف بحسب البلدان.

٩- إذا أوصى إنسان لآخر بدابة، وكان عرف بلده مطردًا على أن الدابة عند إطلاقها تنصرف إلى الحمار، فلا يلزم الورثة إخراج فرس أو بغل، وإن كانت الدابة في بلاد أخرى تطلق على الخيل والبغال والحمير[3]؛ لأن عرف أهل بلد لا يلزم أهل بلد آخر إذا تخالفت أعرافهم.

١٠- إذا تعاقد صاحب متجر لبيع الفواكه مع شخص في بلد ما على أن يورِّد له مقدارًا معينًا من البطيخ، وكان عرف بلد ذلك الشخص أنهم يبيعون البطيخ الأخضر، لكن صاحب المتجر رفض التسلم بدعوى أنه قصد البطيخ الأصفر، فلا يقبل ادعاؤه وإن كانت هناك

(١) انظر: منح الجليل لعليش ٥/١٧٧.
(٢) انظر: فتح الباري لابن حجر العسقلاني ٤/٤٠٧.
(٣) انظر: الإنصاف للمرداوي ٧/٢٥٦، مغني المحتاج للشربيني ٤/٩٢.

أعراف بلاد أخرى جارية على ما ادعاه[1]، لأن عرف أهل بلد لا يلزم أهل بلد آخر إذا تخالفت أعرافهم.

د. مبروك عبد العظيم أحمد مصري

* * *

(١) انظر: حاشية البجيرمي ٣٢٩/٤.

رقم القاعدة: ٣٢٥

نص القاعدة: مُطْلَقُ الكَلَامِ مَحْمُولٌ عَلَى المُتَعَارَفِ[١].

صيغ أخرى للقاعدة :

١- مطلق الكلام محمول على المعتاد[٢].

٢- مطلق الكلام ينصرف إلى المتعارف[٣].

٣- العادة معتبرة في تقييد مطلق الكلام[٤].

٤- اللفظ المطلق يحمل على العرف[٥].

٥- الكلام المطلق محمول على ما هو الظاهر والمتعارف[٦].

٦- مطلق كلام الناس ينصرف إلى ما يتعارفونه[٧].

---

(١) المبسوط للسرخسي ١٢٦/٦، ١٣٩/٨، حاشية ابن عابدين ٣١٠/٤. وبنحوه في بدائع الصنائع للكاساني ٦١/٣. وفي لفظ: "مطلق الكلام يحمل على العرف" تبيين الحقائق للزيلعي ٧/٥، كشاف القناع للبهوتي ٤٧١/٦، وبمعناه في حاشية ابن القيم على سنن أبي داود ٧٩/١. وفي لفظ: "مطلق الكلام محمول على عرف أهل اللسان" المبسوط ١٣٦/٦. وفي لفظ آخر: "مطلق الكلام محمول على ما يتفاهمه الناس" ١٢٣/١٢.

(٢) شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٩٠.

(٣) بدائع الصنائع ٣٧/١، ٥١، ١١٢، ٢٤٤/٢، ٢٧/٦، ٢٠١.

(٤) قواعد الفقه للبركتي ص ٩٠.

(٥) شرح منتهى الإرادات للبهوتي ١٠/٣. وبنحوه في كشاف القناع له ٦/٤.

(٦) المبسوط ١٥٩/٨. وفي لفظ: "الغلبة والمعروفية توجب حمل اللفظ المطلق على المقيد" القواعد الأصولية والفقهية على مذهب الإمامية ٥٥/٣.

(٧) بدائع الصنائع ٥٨/٣.

قواعد ذات علاقة :

١- العادة محكمة[١]. (أعم، دليل).

٢- مطلق العقد ينصرف إلى المتعارف[٢]. (أخص).

٣- مطلق الإذن ينصرف إلى المتعارف[٣]. (أخص).

٤- العرف العام مقدم على اللغة[٤]. (أخص).

٥- مطلق اللفظ في الإقرار ينصرف إلى المعتاد[٥]. (أخص).

٦- مبنى الأيمان على العرف[٦]. (أخص).

٧- كلام الناس يجري على إطلاقه حتى يقوم دليل التقييد[٧]. (الإطلاق والتقييد).

٨- مطلق الكلام يتقيد بدلالة الحال ويصير ذلك كالمنصوص عليه[٨]. (متكاملة).

شرح القاعدة :

لفظة «الكلام» في هذه القاعدة تشمل كلام المكلفين - وهو الأغلب في استعمال الفقهاء لهذه القاعدة - وتشمل أيضًا كلام الشارع، فإن المطلق منه

---

(١) أشباه السيوطي ص ٧، وانظرها في قسم القواعد الفقهية.

(٢) المبسوط ١٦/٥٤. وبنحوه في المهذب للشيرازي ١/٣٠٨، والكافي لابن قدامة ٢/٣٢٢.

(٣) المبسوط ١١/١٤٥، وانظرها في قسم القواعد الفقهية.

(٤) تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ٧/٤٢.

(٥) المصدر السابق ١٨/٦٧.

(٦) المبسوط للسرخسي ٣٠/٢٣٥. وانظرها بلفظها في قسم الضوابط الفقهية

(٧) القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير للدكتور علي الندوي ص ٤٩٢، وانظرها في قسم القواعد الفقهية.

(٨) المبسوط ٨/١٦٨، وانظرها في قسم القواعد الفقهية.

يحمل على العرف إن لم يكن له حد في الشرع ولا في اللغة؛ لما تقرر شرعًا من أن «كل ما ورد به الشرع مطلقًا ولا ضابط له فيه ولا في اللغة يرجع فيه إلى العرف»[١].

كما أن المتعارف هنا يشمل كلا نوعي العرف القولي والعملي[٢] عامًا كان أو خاصًا[٣].

هذه القاعدة من القواعد التي تبين مدى أثر العرف وعادة الناس في معاملاتهم وتصرفاتهم القولية، وتعبر عن سلطان العرف في الشريعة الإسلامية، ومعناها: أن من أطلق الكلام ولم يقيده بشيء من الوصف أو الشرط ونحوهما فإنه يحمل شرعًا على معناه المتعارف والمعتاد بين الناس، فاللفظ المطلق عن القيود ينصرف إلى ما يتعارفه الناس ويتفاهمونه في مخاطباتهم، ولا يصح حمله على معنى آخر إلا بدليل، ولا يترتب عليه أي أثر ونتيجة سوى ما يقتضيه استعماله الشائع بين الناس؛ لأن العرف – قوليًا كان أو عمليًا - مقيد لإطلاقه

(١) المنثور في القواعد للزركشي ٢/٣٩١، وانظر أيضًا: الحاوي الكبير للماوردي ٥/٤٤، المغني لابن قدامة ٨/٢٩١.

(٢) العرف العملي هو أن يتعود أهل بلدة على عمل معين، كتعودهم، مثلاً أكل لحم الضأن أو خبز القمح، فلو وكل شخص من تلك البلدة آخر بأن يشتري له خبزًا أو لحمًا فليس للوكيل أن يشتري للموكل لحم جمل أو خبز ذرة أو شعير استنادًا على هذا الإطلاق. ومن العرف العملي أيضًا: التعارف في بيع الأشياء الثقيلة أن تكون حمولتها إلى بيت أو محل المشتري على البائع.

العرف القولي: وهو اصطلاح جماعة على لفظ يستعملونه في معنى مخصوص حتى يتبادر معناه إلى ذهن أحدهم بمجرد سماعه، من دون قرينة أو علاقة لفظية.

مثال ذلك: لو قال شخص في الوقت الحاضر لآخر، وهما في المملكة العربية السعودية: اشتر لي سيارة، مثلاً بعشرين ألف، يحمل على الريال السعودي الرائج الآن، ولا يحق للوكيل أن يشتريها بالدولار. انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١/٤١، الفروق للقرافي ١/٣١٢، المدخل الفقهي العام للزرقا ٢/٨٤٥ – ٨٤٧، العادة محكمة للباحسين ص٣٧، ٣٨.

(٣) قال الكاساني: "وإن كان الإقرار في بلد يتعاملون فيه بدراهم وزنها ينقص عن وزن سبعة مثاقيل يقع إقراره على ذلك الوزن لانصراف مطلق الكلام إلى المتعارف" ٧/٢١٩. فالمعتبر هنا هو العرف الخاص.

شرعًا، أي أن «أقوال الناس التي تدور عليها العقود والتصرفات تحمل على عرفهم في مخاطباتهم: بمعنى أن الأحكام التي تترتب على الالتزامات الفقهية من عقود وفسوخ وشروط وغيرها، تجري على حسب ما يفيده اللفظ عرفًا، بحيث تكون الصيغ العرفية في الالتزامات عللاً جعلية للأحكام تسبب من الأثر بقدر ما يفهمه أهل العرف»[١].

فمثلاً: الإذن بعمل شيء ما إذا كان مطلقًا عن الشروط فهو ينصرف ويتقيد بالمتعارف في مثل ذلك التصرف، وكذلك إذا أقر إقرارًا مطلقًا بأمر ما فهو ينصرف إلى المتعارف المعتاد في مثله، وإذا أطلق لفظ عقد كبيع أو نكاح أو إجارة أو هبة أو غير ذلك فإنه ينصرف دائمًا إلى المتعارف المعمول به بين الناس في العادة، وكذلك بالنسبة للمذكور في اليمين والإقرار وغيرهما، إلا إذا وجد صارف[٢].

وهذه القاعدة متفرعة عن القاعدة الكبرى «العادة محكمة»؛ لأن القاعدة التي بين أيدينا تختص بأحد مجالات تحكيم العادة، وهو تحكيمها في مطلق الكلام، دون سائر مجالات القاعدة الكبرى، كما أنها تتفرع عنها قواعد أخرى أضيق مجالاً منها، مثل قاعدة «مطلق العقد ينصرف إلى المتعارف» أو بعبارة أخرى: «المعروف عرفًا كالمشروط شرطًا»[٣] فإنها خاصة بالعقود، ومثلها القاعدة الدالة على انصراف مطلق الإذن إلى المتعارف، وكذا ضابط الإقرار المذكور آنفًا وهذه القاعدة قد أخذ بموجبها - في الجملة - جماهير الفقهاء، بل ويفهم من قول بعضهم أنها من القواعد المتفق عليها، وقال: إن العرف يقيد مطلق الكلام[٤]. لكن المتتبع لمذاهب الفقهاء يجد أن هناك من خالف في تقييد

---

(١) العرف والعادة في رأي الفقهاء لأبي سنة ص ٥٤.
(٢) انظر: موسوعة القواعد الفقهية للبورنو ٦٥٨/١٠.
(٣) المجلة - وشروحها - المادة ٤٣.
(٤) انظر: العرف والعادة في رأي الفقهاء لأبي سنة ٩١ - ٩٢، أثر العرف في التشريع الإسلامي للدكتور السيد صالح عوض ص ١٦٢، ٣٥٣.

المطلق بالعرف، مثل بعض الشافعية وبعض الحنابلة الذين قالوا: إذا تعارضت اللغة مع العرف قدم الوضع اللغوي[١]، كما أن الإمام أبا حنيفة يقدم الحقيقة المستعملة على المجاز المتعارف، خلافًا لسائر الفقهاء[٢].

كما أن هناك من الفقهاء من ذهب إلى عدم التقييد بالعرف العملي، منهم المرغيناني والزيلعي من الحنفية، والقرافي من المالكية[٣]، وكذلك الإمام أبو حنيفة يحمل في مسائل كثيرة اللفظ المطلق على إطلاقه، ولا يعتبر العرف مقيداً له، وبخاصة في باب الوكالة[٤] كما ظهر من خلال استقراء كتاب المحلى، والإحكام، لابن حزم أن الإمام ابن حزم أنكر في بعض المواضع على من أخذ

---

(١) انظر: المنثور في القواعد للزركشي ص ٩٥، أشباه السيوطي ص ٩٢، قواعد الفقه لابن رجب ص ٣١٤، العرف والعادة في رأي الفقهاء لأبي سنة ص ١٢٢، أثر العرف في التشريع الإسلامي ص٨٨، قاعدة العادة محكمة للباحسين ص ١٧٣ - ١٧٥.

(٢) انظر: تيسير التحرير لأمين بادشاه ٢/٥٧.

وعلى ذلك قالوا: "لو حلف لا يشرب من دجلة أو من الفرات. قال أبو حنيفة: لا يحنث ما لم يشرب منه كرعًا. وهو أن يضع فاه عليه فيشرب منه فإن أخذ الماء بيده أو بإناء لم يحنث، وعند أبي يوسف ومحمد يحنث شرب كرعًا أو بإناء أو اغترف بيده. وجه قولهما: أن مطلق اللفظ يصرف إلى المتعارف عند أهل اللسان والمتعارف عندهم أن من رفع الماء من الفرات بيده أو بشيء من الأواني أنه يسمى شاربًا من الفرات فيحمل مطلق الكلام على غلبة المتعارف، وإن كان مجازًا بعد أن كان متعارفًا كما لو حلف لا يأكل من هذه الشجرة أو من هذا القدر أنه ينصرف ذلك إلى ما يخرج من الشجرة من الثمر وإلى ما يطبخ في القدر من الطعام كذلك ههنا. ولأبي حنيفة: أن مطلق الكلام محمول على الحقيقة وحقيقة الشرب من الفرات هو أن يكرع منه كرعًا" بدائع الصنائع ٣/٦٦. وانظر أيضًا: تبيين الحقائق للزيلعي ٣/١٣٤، العناية ٧/٤٩.

(٣) انظر: الهداية للمرغيناني ١/٢٠٤، تبيين الحقائق للزيلعي ٢/١٣٥، ٣/١٢٨ فتح القدير لابن الهمام ٣/٣١٤ ٣/٣٢٩، حاشية ابن عابدين ٣/٧٧٢، الفروق للقرافي ١/١٧٣، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ٢/١٤٠.

(٤) قال الكاساني في البدائع: "من أصلهما أن التوكيل المطلق يتقيد بالعرف والعادة فينصرف إلى المتعارف كما في الوكيل بالبيع المطلق. ومن أصل أبي حنيفة أنه يجري على إطلاقه في غير موضع الضرورة والتهمة " ٢/٣٢٠. وانظر: النافع الكبير شرح الجامع الصغير للكنوي ص ٣٥٣. وراجع أيضًا: قاعدة "كلام الناس يجري على إطلاقه حتى يقوم دليل التقييد".

بالعرف[١] بل صرح ابن حزم بأنه «ولا عرف إلا ما بين الله تعالى نصًا أنه عرف وأما عرف الناس فيما بينهم فلا حكم له ولا معنى وما عرف الناس مذ نشؤوا إلا الظلم والمكوس»[٢] مع أنه قال في موضع آخر: إن «المنظور إليه في الأيمان ما تعارفه أهل تلك اللغة في كلامهم الذي به حلف»[٣].

وهذه القاعدة مما يقيد به قاعدة «كلام الناس يجري على إطلاقه حتى يقوم دليل التقييد»، فمطلق الكلام كما يتقيد بدلالة الحال، يتقيد أيضًا بدلالة العرف والعادة - على تفاوت في مدى تقييد الفقهاء للكلام المطلق بالعرف، كما سبق - كما أن هذه القاعدة تتقيد بمعظم ما تتقيد به القاعدة الكبرى «العادة محكمة»، مثل أن تكون العادة مطردة أو غالبة، وأن يكون العرف قائمًا عند إنشاء التصرف... إلخ.

أدلة القاعدة:

١- قاعدة «العادة محكمة» وأدلتها؛ لأنها أعم من القاعدة التي بين أيدينا، ومعلوم أن أدلة الأعم أدلة للأخص.

عن ابن عباس رضي الله عنه أن رجلاً سأله وقال: «إن رجلاً صاحبًا لنا أوجب على نفسه بدنة أفتجزيه البقرة؟ فقال له ابن عباس رضي الله عنه: «ممن صاحبكم قال من بني رباح فقال متى اقتنت بنو رباح البقر إنما البقر للأزد وإنما وهم صاحبكم الإبل»[٤].

---

(١) انظر: مذهبه - مثلاً - في "مسألـة لا يحل لعامل القراض أن يأكل من المال شيئًا" المحلى ٢٤٨/٨. و"مسألة الوصي لا يأكل من مال من إلى نظره مطارفة" ٣٢٥/٨. و"مسألة ولا يجوز البيع بثمن مجهول لا إلى أجل مجهول كالحصاد والجداد "٤٤٤/٨.

(٢) الإحكام لابن حزم ٣٩٨/٧.

(٣) المحلى لابن حزم ٦٠/٨.

(٤) رواه ابن أبي شيبة ٥٠٦/٨ (١٤٨٧٧)، والفسوي في المعرفة والتاريخ ٧/٣، وابن قتيبة في غريب الحديث ٢٣٤/١ و٤٧٢/٢.

فقد دل هذا الأثر على «أن عند إطلاق الكلام يعتبر عرف المتكلم فيما يتقيد به كلامه»[١].

تطبيقات القاعدة:

١- إذا حلف لا يلبس قميصًا أو سراويل أو رداء فاتزر بالسراويل أو القميص أو الرداء لم يحنث وكذا إذا أعتم بشيء من ذلك؛ لأن المطلق تعتبر فيه العادة، والاتزار والتعمم ليس بمعتاد في هذه الأشياء فلا يحنث[٢] وكذلك إن حلف: لا أشرب من الماء حمل على المعتاد[٣] ومن حلف أن لا يأكل رأسًا لم يحنث بأكل رؤوس الطير، ولا رءوس السمك، ولا يحنث إلا بأكل رؤوس الغنم، والماعز، فإن كان أهل موضعه لا يطلقون اسم الرؤوس في البيع والأكل على رؤوس الإبل، والبقر لم يحنث بأكلها وإن كانوا يطلقون عليها في البيع والأكل اسم الرؤوس حنث بها؛ لأن الأيمان إنما هي على لغة الحالف، ومعهود استعماله في كلامه[٤].

٢- للمستأجر أن يستوفي المنفعة المعقود عليها بالمعروف، وإن لم تسم، فمثلاً لو استأجر دارًا للسكنى جاز له أن يطرح فيها المتاع، ولا يجوز له أن يخصصها لربط الدواب فيها؛ لأن إطلاق العقد يقتضي المتعارف[٥].

---

(١) المبسوط للسرخسي ١٣٩/٨.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ١١١/٣.

(٣) انظر: شرح الأزهار لابن مفتاح ٢٥/٤.

(٤) المحلى لابن حزم ٦٢/٨. وانظر: أيضًا ٦٠/٨.

(٥) انظر: المهذب للشيرازي ٤٠١/١. وراجع أيضًا: المبسوط للسرخسي ١٣٠/١٥، الهداية للمرغيناني ٢٣٥/٣، الكافي لابن قدامة ٣٢٢/٢.

٣- إن أقر بمبلغ من المال وأطلق، ثم فسره بسكة البلد الذي أقر فيه، قبل منه؛ لأن مطلق الكلام يحمل على العرف[١].

٤- لو قال شخص: لفلان عندي كذا، فإن هذا الإقرار يحمل على الأمانة دون الدين، فلا يضمن بالهلاك؛ لأن كلمة «عند» في العرف والعادة تستعمل في الأمانة، ومطلق الكلام يحمل على العرف[٢].

٥- لو أذن له في الأكل إذنًا مطلقًا من غير تصريح بإباحة ولا معاوضة، فله أن يأكل حتى ينتهي إلى حد الشبع، كطعام الولائم، ولا قيمة عليه؛ لأن عرف الاستطعام والإطعام موضوع على المواساة، دون المعاوضة، فأوجب إطلاق الإذن حمله على العرف[٣].

٦- لو وكل إنسان وكيلاً بشراء لحم أو خبز أو ثوب مثلاً، تقيد عقد الوكالة بنوع اللحم أو الخبز المعتاد أكله، وبالثوب المعتاد لبسه، فلو اشترى له نوعًا آخر غير معتاد لا يسري الشراء على الموكل، بل يلتزم به الوكيل[٤].

٧- الوكيل بالبيع لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس في مثله ولا بعرض، ولا نسيئة؛ لأن مطلق الأمر يتقيد بالمتعارف، والمتعارف البيع بثمن المثل والنقد حالاً[٥].

---

(١) انظر: كشاف القناع للبهوتي ٦/٤٧١.

(٢) انظر: العرف والعادة في رأي الفقهاء لأبي سنة ص ٥٤.

(٣) انظر: الحاوي للماوردي ١٥/١٧٢، ١٧٣.

(٤) المدخل الفقهي العام للزرقا ٢/٨٥٩، وانظر: أيضًا رسائل ابن عابدين ٢/١١٥.

(٥) هذا قول الصاحبين مع جمهور الفقهاء، خلافًا للإمام أبي حنيفة الذي قال: للوكيل فعل ذلك، لأن مطلق اللفظ يجري على إطلاقه ما لم يقم دليل على تقييده. انظر: اللباب للميداني ١/١٤٣، العناية للبارتي ٨/٧٧، البحر الزخار لابن المرتضى ٣/٣٠٣، الموسوعة الفقهية ٤٥/٣٧، ٣٨.

٨- إذا أقر لآخر بمزرعة أو بستان كان للمقر له الشجر والأرض والنخل؛ لأن اسم البستان أو المزرعة يجمع الكل عادة، ومطلق اللفظ ينصرف إلى المعتاد[١].

٩- إذا دفع إليه مالاً مضاربة أن يتجر به في الثياب والملابس فليس له أن يتجر به في المفروشات؛ لأنها لا يقال لها الثياب في عرف الناس، ومطلق اللفظ محمول على المفهوم عرفًا[٢].

د. محمد خالد عبد الهادي هدايت

* * *

(١) انظر: المبسوط ١٨/٦٧

(٢) انظر: المصدر السابق ٢٢/٥٦.



رقم القاعدة: ٣٢٦

نص القاعدة: مُطْلَقُ الإِذْنِ يَنْصَرِفُ إِلَى المتَعَارَفِ[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- إطلاق الإذن يحمل على العرف[٢].

٢- إطلاق الإذن إنما يقتضي المعتاد[٣].

٣- الإذن المطلق ينصرف إلى ما جرت به العادة[٤].

٤- الإذن المطلق لا يتناول خلاف المعتاد[٥].

٥- الإذن المطلق يتقيد بدلالة العرف[٦].

قواعد ذات علاقة:

١- العادة محكَّمة[٧]. (أصل).

---

(١) المبسوط للسرخسي ١١/١٤٥.
(٢) المبدع لابن مفلح ٥/١٤.
(٣) المنتقى للباجي٣/٣٣٩.
(٤) المغني لابن قدامة ٧/١٤٨.
(٥) انظر: البحر الزخار لابن المرتضى ٨/٤٩.
(٦) انظر: المبسوط للسرخسي ١١/٢٣.
(٧) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٧، العقد الثمين للسالمي ٢/٦٩، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

٢- الإذن العرفي كاللفظي[1]. (مكملة).

٣- مطلق الكلام محمول على المتعارف[2]. (أعم).

٤- العرف كالشرط[3]. (مكملة).

٥- العرف إنما يعتبر عند عدم التصريح بخلافه[4]. (مقيِّدة).

٦- يقدَّم عرف الشَّرع على العرف المخالف له بخلاف ما لا عرف للشرع فيه فيحكم فيه بالعادة[5]. (مقيِّدة).

٧- الأصل أن الإذن المطلق إذا تعرى عن التهمة والخيانة لا يختص بالعرف[6]. (مخالفة).

٨- التعيين بالعرف كالتعيين بالنص[7]. (أعم).

٩- العرف يخصص العام ويقيد المطلق[8]. (أصل).

شرح القاعدة:

مطلق الإذن أو الإذن المطلق: هو الإذن الذي عري عن الشروط والقيود بحيث لم يتم التنصيص في صيغته على التقيُّد بزمان أو مكان أو بنوع من أنواع

---

(١) مدارج السالكين لابن القيم ١/ ٤٢٠ ووردت عند الزرقاني بصيغة: "الإذن العرفي كالشرطي" شرح الزرقاني على خليل ٨/ ١٠٣، وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "الإذن العرفي كالإذن اللفظي".

(٢) انظرها: بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٣) انظرها: بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٤) السير الكبير للشيباني ٤/ ١٦٣٤، شرح النيل لأطفيش ٧/ ٤٠٤ وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "العرف إنما يعتبر إذا لم يخالف المنصوص".

(٥) انظر: نهاية المحتاج للرملي ٥/ ٤٢٥.

(٦) قواعد الفقه للبركتي ١/ ٣٠.

(٧) درر الحكام لعلي حيدر ١/ ٤٦.

(٨) البهجة في شرح التحفة للتسولي ١/ ٥٨٧.

التصرف والانتفاع أو بشخص أو بصفة أو بشرط... إلخ[١]. فهو إذن مطلق من غير تقييد بشيء[٢].

والمتعارف: من العرف وهو ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول وتلقته الطبائع بالقبول وهو حجة[٣]. ويعبر عنه أيضًا بالعادة، وهي: الدَيْدَنُ وفي المصباح: سميت بذلك لأن صاحبها يعاودها، أي يرجع إليها، مرة بعد أخرى..، وتَعَوَّدَ الشيء واعْتَادَهُ بمعنى: جعله من عادته، فصار عادةً له. ونقل عن جماعة أن العادة والعرف بمعنى واحد. وقال قوم: قد تختص العادة بالأفعال والعرف بالأقوال[٤].

إن القاعدة التي بين أيدينا متفرعة - هي ومكملتها «الإذن العرفي كاللفظي» - عن القاعدة الكبرى «العادة محكمة»، التي أساسها اعتبار العرف والعادة في توجيه تعاملات الناس فيما بينهم وضبط تصرفاتهم القولية والعملية.

ومعنى القاعدة أن الإذن إذا كان عريًا من أي شرط أو قيد، فإنه ينصرف إلى المتعارف بين الناس المعتاد بينهم، لأن الآذِنَ حينما لا يقيِّد إذنه فإنما يعتمد على وضوح قصده عند المأذون له، بناء على ما يفهم في عرف الناس من ذلك الإذن المطلق، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن المأذون له سيتصرف بناءً على ما فهمه من مطلق الإذن، وهذا المعنى هو ما دلت عليه قاعدة «مطلق الكلام محمول على المتعارف».

ومطلق الإذن قد يكون في عقود المعاوضات كالإذن في قبض وتملُّك

(١) درر الحكام لعلى حيدر ٢/٣١٢ (بتصرف)، وانظر أيضًا: شرح مختصر خليل للخرشي ٦/١١١ والحاوي الكبير للماوردي ٦/٥٣٨.

(٢) حاشية الجمل على شرح المنهج ٣/٣١٥.

(٣) التعريفات للجرجاني ١/١٩٣.

(٤) انظر: تاج العروس للزبيدي ٨/٤٤٣.

المبيع، أو استيفاء المنفعة في عقد الإيجار، وقد يكون في عقود التبرعات، كالإذن في الاستفادة من الوقف. أو الإذن في استعمال العارية، كما يكون في الوكالة بعوض أو بغير عوض وفي الولاية وغير ذلك.

إن تجرد الإذن عن الشرط الشرعي وعن الشرط الوضعي الذي ينص عليه من يملك الإذن يستلزم اعتبار ضابط العرف والعادة كي ما تحفظ الحقوق عن الضياع وتحلَّ المنازعات عند اختلاف صاحب الإذن والمأذون له. فمُصدر الإذن المطلق محتاج إلى ضمان حقه عند تصرف المأذون له بما يخالف قصده. ولما كان الإذن مطلقًا كان للمؤذون له - بموجب الإذن المعطى له ممن يملكه - أن يتصرف ويستعمل ما أذن له فيه بصورة مطلقة[1]، لأن المأذون له غير مؤاخذ شرعًا إذا لم يتعد في فعل ما أذن له فيه من يملك الإذن، لأن إذْن المالك يدفع الضمان ويرفع المؤاخذة، ولكن لابد من التقيُّد بالعرف دفعًا للضرر ودرءًا للخصومة، ومن ثم نزل العرف منزلة الشرط في العقود عند عدم وجوده، وهذا معنى قاعدة: «العرف كالشرط».

إلا أن العرف لا يحكَّم ولا يقيد مطلق الإذن بإطلاق، وإنما يحكَّم فيما لا ضبط له شرعًا[2]، إذ الشرع مقدم على العرف، وهذا المعنى هو ما نصَّت عليه القاعدة السادسة من القواعد ذات العلاقة «يقدَّم عرف الشَّرع على العرف المخالف له بخلاف ما لا عرف للشرع فيه فيحكَّم فيه بالعادة».

إن قاعدة «مطلق الإذن ينصرف إلى المتعارف». واسعة الانتشار في كتب الفقه لأن لها أولاً تعلقًا بقاعدة «العادة محكمة». وهي من القواعد الكبرى في الفقه، وثانيًا لاتفاق المذاهب على العمل بها، ويظهر ذلك جليًا من خلال كثرة

---

(١) انظر: درر الحكام لعلى حيدر ٢/٣١٢.

(٢) المنثور للزركشي ٢/٣٥٦. وانظر: شرح النيل لأطفيش ٩/٢٠٩.

وتنوع تطبيقاتها بتنوع وكثرة العقود وتعدد أشكال الإذن. إلا أن الإمام أبا حنيفة قد خالف فيها حيث رأى أن الإذن المطلق يبقى على إطلاقه إذا عري عن التهمة والخيانة وإن كان في العرف ما يخصِّصه، وهذا المدلول هو ما جاء في قاعدة «الأصل أن الإذن المطلق إذا تعرَّى عن التهمة والخيانة لا يختص بالعرف». بينما قال صاحباه بخلاف قوله.

ومجال إعمال القاعدة المعاملات عمومًا والعقود خصوصًا وإن اعتمدت بشكل أقل في باب العبادات.

أدلة القاعدة :

١- قاعدة العادة محكمة. وأدلتها فكل دليل على الأصل دليل على الفرع.

٢- قاعدة العرف يخصص العام ويقيد المطلق[١].

تطبيقات القاعدة :

١- إذا استعار شخص دابة ليركبها إلى مكان معلوم فأخذ بها في طريق آخر إلى ذلك المكان فعطبت لم يضمن لأنه مأذون في الوصول عليها إلى ذلك المكان، ولم يُقيَّد له طريق، فلا يكون مخالفًا في أي طريق ذهب إذا كان طريقًا يسلكه الناس إلى ذلك المكان، فإن كان طريقًا لا يسلكه الناس إلى ذلك المكان فهو ضامن لأن مطلق الإذن ينصرف إلى المتعارف[٢].

٢- لا يجوز للمحرم لبس السراويل مع وجود الإزار، فإن فعل فعليه الفدية، فإن لم يجد الإزار يجوز له لبس السراويل عند أكثر أهل العلم

---

(١) انظر قاعدة: "العادة مخصصة للعموم" في قسم القواعد الأصولية.

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي ١١/١٤٥.

ولا فدية عليه، لأن مطلق الإذن في لبس السراويل يوجب الإباحة بلا فدية، وقال مالك: ليس له لبس السراويل، وكذلك قال أبو حنيفة، ويحكى عنه أنه قال: يفتق السراويل ويتزر به، وهذا لا يصح، لأن مطلق لبس السراويل يحمل على اللبس المعهود دون الاتزار به[١].

٣- إن لم يأمر صاحب البيت الضيف بالجلوس في مكان معين منه، فهل يجلس وأين يجلس؟ والجواب: ينبغي أن ينظر إلى عرف صاحب المنزل وعادته في ذلك، فلا يجوز أن يتعداه لأنه خاص فيقيد المطلق كالكلام، فإن لم يكن له عرف وعادة في ذلك، فالعرف والعادة في ذلك الجلوس بلا إذن خاص فيه لحصوله بالإذن في الدخول، ثم إن شاء جلس أدنى المجلس من محل الجلوس لتحقق جوازه مع سلوك الأدب ولعل هذا أولى، والمراد ما لم يكن جلوسه هناك مستهجنًا عادةً وعرفًا بالنسبة إلى مرتبته، أو يحصل لصاحب المنزل بذلك خجل أو استحياء وأنه يعجبه خلاف ذلك وربما ظن شيئًا لا يليق ونحو ذلك[٢].

٤- سئل ابن الصلاح عن مدرسة موقوفة على الفقهاء والمتفقِّهة، ووقف لها شيء على فقهائها ومتفقهيها، هل يستحق منه من يشتغل بها ولا يحضر درس المدرس، أو يحضر الدرس ولا يحفظ شيئًا ولا يطالع، أو يشتغل بالمطالعة وحدها أم لا؟ فأجاب بقوله: «يلحظ في هذه الأحوال وغيرها شروط الواقف، فما كان منها مخلاً بما نص الواقف على جعله شرطًا في الاستحقاق فهو قادح في الاستحقاق، وما لم يكن فيه إخلال بشيءٍ مما اشترطه الواقف في الاستحقاق لكن فيه

(١) شرح السنة للبغوي ٢٤٤/٧.
(٢) انظر: الآداب الشرعية لابن مفلح ٤٢٧/١، ٤٢٨.

إخلال بما غلب عليه العرف واقتضته العادة فالاستحقاق ينتفي بهذا الإخلال أيضًا، وإن لم يتعرض الواقف لاشتراط ذلك بنفيٍ ولا إثباتٍ لتنزل العرف في هذا منزلة الاشتراط لفظًا»[١]، ومطلق الإذن ينصرف إلى المتعارف.

٥- يجوز للمضارب السفر بمال المضاربة إذا لم يكن مخوفًا، وهو القياس عند الحنابلة بناءً على السفر بالوديعة، وهو قول مالك ويحكى ذلك عن أبي حنيفة لأن الإذن المطلق ينصرف إلى ما جرت به العادة.والعادة جارية سفرًا وحضرًا، ولأن المضاربة مشتقة من الضرب في الأرض فملك ذلك بمطلقها[٢].

٦- إذا أخرج المستودَع الوديعة من حرزها لمصلحتها، كإخراج الثياب للنشر والدابة للسقي والعلف على ما جرت به العادة لم يضمن لأن الإذن المطلق يحمل على الحفظ المعتاد[٣] ومطلق الإذن ينصرف إلى المتعارف.

٧- إذا قال المعير: أعرتك هذه السيارة، فيباح للمستعير الانتفاع بها في كل ما هي مُعَدة له والعرف جار بمثله، انتفاعًا معهودًا معتادًا لأن الإذن مطلق فيحمل عليه[٤]، ومطلق الإذن ينصرف إلى المتعارف.

٨- إن وكل شخص أحدًا في بيع سلعة فباعها، فهل الوكيل يملك قبض ثمنها أم لا؟ فيه وجهان:

---

(١) الفتاوى الفقيهة الكبرى لابن حجر الهيتمي ٣/٢٢٧.

(٢) المغني لابن قدامة ٥/٢٤، شرح النيل لأطفيش ١٠/٣٣٦.

(٣) انظر: الكافي لابن قدامة ٢/٣٨٠.

(٤) انظر: العرف لعادل قوتة ٢/٦٩٢.

أحدهما: أنه لا يملك لأن الإذن في البيع ليس بإذن في قبض الثمن من جهة النطق ولا من جهة العرف لأنه قد يرضى الإنسان للبيع من لا يرضاه للقبض.

والثاني: أنه يملك لأن العرف في البيع تسليم المبيع وقبض الثمن فحملت الوكالة عليه[(١)]، ومطلق الإذن ينصرف إلى المتعارف.

د. رحال إسماعيل بالعادل

* * *

(١) انظر: المهذب للشيرازي ٣٥١/١، منهج الطالبين للرستاقي ٢٩٧/١٠.

رقم القاعدة: ٣٢٧

نص القاعدة: مُطْلَقُ الفِعْلِ مَحْمُولٌ على ما هو المُعْتَادُ[١].

قواعد ذات علاقة:

١- العادة محكمة[٢]. (أعم).

٢- الثابت بالعرف كالثابت بالنص[٣]. (أعم).

٣- مطلق الكلام محمول على المتعارف[٤]. (قسيمة).

شرح القاعدة:

هذه القاعدة من القواعد المتعلقة بتحكيم العرف والعادة في أعمال المكلفين وتصرفاتهم، ومعناها - كما هو واضح من صيغتها - أن من فعل فعلاً مطلقًا، ولم يكن هناك ما يدل على قصده ويقيد مطلق فعله من وصف أو شرط ونحوهما، صراحة ولا دلالة، فإن هذا الفعل المطلق ينصرف إلى الفعل المعتاد والمعروف بين الناس.

فكما أن الكلام يحمل عند إطلاقه على المتعارف والمعتاد فيما بين

(١) المبسوط للسرخسي ٦٧٦/١٠.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٩، وانظرها في قسم القواعد الفقهية.

(٣) المبسوط ٤١/١٩، وانظرها في قسم القواعد الفقهية.

(٤) المبسوط ١٢٦/٦، وانظرها في قسم القواعد الفقهية.

الناس، فكذلك الفعل المطلق ينصرف إلى المعتاد بينهم، فيكون مقيدًا بالعرف والعادة من حيث ترتب أثره الشرعي عليه.

وهذه القاعدة مع أنها لم تشتهر بلفظها في المصادر الفقهية، ولم نجد لها صيغة متنوعة – بعد البحث والتحري – غير أن معناها كان حاضرًا في أذهان الفقهاء والمجتهدين عند بيان الأحكام الشرعية، وقد اعتمدها جميع من اعتدوا بالعرف واعتبروه مؤثرًا شرعًا في تصرفات المكلفين؛ لكونها منبثقة من القاعدة الكبرى «العادة محكمة»، فمن أخذ بأصلها أخذ بهذه تبعًا لها في الجملة.

ومع أن أبرز مجالات إعمال هذه القاعدة هو الفصل والقضاء في الدعاوى والنزاعات الدائرة بين الناس لكنها تجري أيضًا في سائر المعاملات، ومن أمثلة ذلك «عقود التعاطي التي أقر الفقهاء فيها انعقاد المعاوضات المالية بالقبض والدفع، دون إيجاب وقبول باللفظ؛ كما لو سأل راغب في الشراء صاحبَ البضاعة عن سعرها فبينه له، أو وجد سعرها مكتوبًا عليها [أو كان سعرها مشتهرًا ومستفيضًا] فدفعه له وأخذها ومضى، وكلاهما ساكت؛ فإن البيع ينعقد بينهما شرعًا. ومستند الفقهاء في ذلك هو العرف العام الذي يعتبر القبض بعد معرفة الثمن في قوة التعبير عن الإرادة بالإيجاب والقبول في عادة الناس»[1].

ويشترط في إعمال هذه القاعدة الشروط العامة في اعتبار العرف والعادة، من أن تكون العادة مطردة أو غالبة، وأن يكون العرف المراد تحكيمه في التصرفات قائمًا عند إنشائه، وأن لا يعارض العرف تصريح بخلافه، غير شرط واحد، وهو أن لا تصادم العادة والعرف نصًا شرعيًا، فإن هذا الشرط غير معتبر في هذه القاعدة؛ لأنها تعني أن المرجع في تقييد الفعل المطلق وبيانه إلى العرف، سواء أكان هذا العرف عرفًا فاسدًا أو عرفًا معتبرًا، ولذلك يجب على المكلف أن يقيد فعله – أو قوله – المطلق بالأمر المشروع والجائز إذا كان ثمة

(١) المدخل الفقهي العام لمصطفى الزرقا ٢/٨٨٩.

عرف فاسد مخالف للشرع، فمثلاً: لو كان العرف السائد في بعض البلدان أن لا يكون القرض إلا بفائدة، وجب على المقترض أن يبين عند الاقتراض أنه لا يدفع فيه فائدة، وهكذا يقال في سائر المعاملات، والله أعلم.

أدلة القاعدة:

قاعدة «العادة محكمة»؛ لأنها أصل لهذه القاعدة، ومن المعلوم أن حكم أدلة الأصل تعم أدلة الفرع.

تطبيقات القاعدة:

١- اللقيط إن أنفق عليه الملتقط فهو في نفقته متطوع لا يرجع بها على اللقيط إذا كبر؛ لأنه غير مجبور على ما صنع شرعًا؛ ولأن الغالب من أحوال الناس أنهم بمثل هذا يتبرعون، وفي الرجوع لا يطمعون، ومطلق الفعل محمول على ما هو المعتاد[١].

٢- لو أنفق على ولد له أب معروف بغير إذن أبيه كان متطوعًا في ذلك، وليس له الرجوع عليه فيما أنفق؛ لأن الغالب من أحوال الناس أنهم يتبرعون بمثل هذا، ومطلق الفعل محمول على ما هو المعتاد[٢].

٣- من بنى بزوجته في دارها ثم طالبته بالكراء على سكناها فلا شيء لها، وكذلك إن سكن بها في مسكن لأبيها أو لأمها فإنه كبيتها لا شيء لها عليه مذ كانت في عصمته؛ لأن العادة جارية أن ذلك على وجه المكارمة[٣] ومطلق الفعل يتقيد بالمتعارف.

---

(١) المدخل الفقهي العام لمصطفى الزرقا ٢/٨٨٩.

(٢) انظر: المصدر نفسه.

(٣) انظر: التاج والإكليل للمواق ٥/٤٤٦.

٤- لو شهدوا أنه مات وهو ساكن في هذه الدار تقبل شهادتهم، ويقضي القاضي للوارث؛ لأن السكنى فعل يوجد في الغالب من الملاك لا من غيرهم، هذا هو المعتاد فيما بين الناس، فيحمل المطلق عليه[١].

٥- إذا قدم غني من سفره فأهدى له جاره الفقير الفواكه ونحوها فلا ثواب له[٢] ولا له استردادها، وإن كانت قائمة العين؛ لأن العادة أن هذا للمواصلة. وكذلك أحد الزوجين مع الآخر والولد مع والده والوالد مع ولده إلا أن يظهر القصد لذلك[٣].

٦- لو جهز الأب ابنته من ماله في زواجها، ثم اختلف وإياها في أن ما أخرجه لها كان على سبيل العارية فيحق له استرداده، أو كان على سبيل التمليك فهو لها، فينظر في العرف الجاري في ذلك: فإذا كان العرف مستمرًا - أو غالبًا - أن مثل هذا الأب إنما يخرج مثل هذا الجهاز عادة على سبيل التملك، فالقول للبنت. أما لو كانت العادة جارية أن مثله لا يخرج مثل هذا الجهاز تمليكًا فالقول للأب في أنه عارية[٤].

---

(١) هذا هو ظاهر الرواية عند الحنفية، وصححها الكاساني. وقال أبو يوسف: " أنه لا تقبل ولا يقضي، ووجهه أن فعل السكنى في الدار كما يوجد من الملاك يوجد من غيرهم فلا يصلح دليلاً على اليد" بدائع الصنائع للكاساني ٦/٢٧٥.

وقوله "فيحمل المطلق عليه" يحتمل أنه يريد مطلق لفظ الشهادة، ويحتمل مطلق السكنى، والله أعلم.

(٢) أي ليس له مطالبة العوض عنها.

(٣) انظر: الذخيرة للقرافي ٦/٢٧٥. وانظر أيضًا: المدونة لسحنون ١٥/١٣٨.

(٤) انظر: المدخل الفقهي العام للزرقا ٢/٨٩٢.

٧- إذا دفع ثوبه إلى خياط أو غسال بدون عقد ولا شرط، وكان الخياط والغسال منتصبين لذلك، فلهما الأجرة على ذلك عرفًا؛ لأن العرف الجاري بذلك يقوم مقام العقد[١]، وأن مطلق الفعل محمول على المتعارف.

٨- إن إدخال السيارات – من خلال اللوحات الإرشادية – إلى مواقفها الخاصة المعدِّ عادة وعرفًا لوقوف السيارات وحفظها بأجرة عقدُ إجارة حكمًا، وإن لم يكن هناك عقد لفظي؛ لأن مطلق الفعل يحمل على ما هو المعتاد. وإذا كان العرف جاريًا بأن يكون إيقاف السيارة في بعض المواقف الخاصة على سبيل العارية، كما في بعض الفنادق، مثلاً، فمن أوقف فيها سيارته كانت في حكم المودعة فيها، بناءً على مقتضى هذه القاعدة[٢].

٩- لو أن رجلاً اتفق مع المحامي على أن يقوم بالخصومة عنه، ولم يحددا طريقة دفع الأجرة، يرجع في ذلك ما جرى به عرف المحامين اليوم على أن جانبًا معلومًا من أجور الدعوى التي يتقبلونها يكون مؤجلاً ومعلقًا على ربح الدعوى[٣].

١٠- من دفع عن صديق له أجرة السيارة، أو قيمة الأكل في المطعم، إذا كانت تعتبر شيئًا يسيرًا عرفًا، فبمقتضى هذه القاعدة ليس له أن يرجع به على صديقه؛ لأن مثل هذا المبلغ يتسامح به عادة بين الأصدقاء من أوساط الناس، فيحمل مطلق الفعل عليه، بخلاف ما إذا اشترى

(١) انظر: المغني لابن قدامة ٥/٤١٥.

(٢) انظر: العرف لعادل قوتة ٢/١٠٧٢. وراجع أيضًا: إعلام الموقعين لابن القيم ٢/٤١٢.

(٣) انظر: المدخل الفقهي العام للزرقا ٢/٨٧٨.

له تذكرة الطائرة، أو تكلف عنه مصاريف الوليمة، كان له الرجوع؛ لأن مثل هذا المبلغ له خطر في النفس لا يتسامح به عادة، فيحمل مطلق الفعل في كل موضع على المعتاد بين الناس[1].

د. محمد خالد عبد الهادي هدايت

* * *

(١) انظر: ما يؤيد هذا المعنى في طرح التثريب للعراقي ٤/ ١٤٠، عمدة القارئ للعيني ٨/ ٢٩٢.

رقم القاعدة: ٣٢٨

نص القاعدة: الإِذْنُ لا يَتَنَاوَلُ الْفَاسِدَ[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- المأذون في الفاسد كغير المأذون[٢].

٢- الإذن المطلق يتناول الصحيح فقط لا الفاسد[٣].

٣- مطلق الإذن يحمل على المعهود في الشرع[٤].

٤- الإذن ينصرف إلى الصحيح[٥].

قواعد ذات علاقة:

١- المعدوم شرعًا كالمعدوم حسًا[٦]. (أعم).

---

(١) أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ١١٢/٢، ٢٨٩، تحفة المحتاج للهيتمي ٤٩٢/٤، نهاية المحتاج للرملي ٦٨/٥، حاشية الجمل ٢٢٣/٣.

(٢) نهاية المحتاج للرملي ١٨٠/٤.

(٣) البحر الزخار لابن المرتضى ١٣٢/٤. وبلفظ آخر: "الإذن إنما يتناول الصحيح فقط" مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٣٦١/٤.

(٤) البيان للعمراني ٢٩٨/١٢.

(٥) التاج المذهب للعنسي ٧٢/٢.

(٦) الفروق – وما معه - للقرافي ٣٥٥/١، مواهب الجليل للحطاب ٢٥٩/٤، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

٢- نفوذ التصرف منوط بالإذن الشرعي[١]. (أعم).

٣- الإذن المطلق يجري على إطلاقه ولا يتقيد بالصحيح[٢]. (مخالفة) .

٤- العقد لا يتناول الفاسد[٣]. (متكاملة).

٥- الفعل المأذون فيه يمنع إذا كان له مآل ممنوع[٤]. (المشاركة في الموضوع).

٦- مطلق الإذن ينصرف إلى المتعارف[٥]. (متكاملة).

٧- الإجازة إنما تلحق الموقوف لا الباطل[٦]. (مكملة).

٨- الإذن بالبيع الفاسد لا يقتضي زوال الملك[٧]. (أخص).

٩- الإذن في النكاح لا يتناول الفاسد[٨]. (أخص).

١٠- مطلق التوكيل ينصرف إلى ما يجوز للموكل أن يفعله بنفسه شرعًا دون ما يكون ممنوعًا منه[٩]. (أخص).

---

(١) موسوعة القواعد الفقهية للبورنو ١١/١٢٢٣.

(٢) مجمع الأنهر لشيخي زاده ١/٣٦٥.

(٣) حاشية العطار على شرح المحلي لجمع الجوامع ١/٤١٢، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٤) نظرية المصلحة لحامد حسان ص ٢١٦، وانظر قاعدة: "النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعًا" في قسم القواعد المقاصدية.

(٥) شرح مجلة الأحكام العدلية للأتاسي ٤/١٣، مرآة المجلة لمسعود أفندي ص ٢٨٨، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٦) شرح السير الكبير للسرخسي ٥/٢٠٤٨، وانظر: قاعدة "الباطل لا تلحقه الإجازة" في قسم القواعد الفقهية.

(٧) الحاوي الكبير للماوردي ٨/٥٤١.

(٨) المغني لابن قدامة ٧/٥٠.

(٩) المبسوط للسرخسي ١٩/١٢٣، وانظر: ضابط "الوكالة على المعصية باطلة"، في قسم الضوابط الفقهية.

شرح القاعدة:

الإذن في اللغة: هو رفع المنع وإيتاء المكنة، أو هو فك الحجر وإطلاق التصرف لمن كان ممنوعًا شرعًا، وقال الراغب: «هو الإعلام بإجازة الشيء والرخصة فيه، وحاصل ذلك هو الإطلاق في الفعل»[١] واستعمل الفقهاء الإذن بالمعنى العام بهذا المقصود اللغوي[٢] ومعنى لا يتناول: نفي الاشتمال والارتباط والتعلق، والمقصود بالفاسد: ما يمنع نفوذ التصرف شرعًا لمعنى في ذات الفعل أو في وصفه[٣].

وهذه القاعدة من القواعد المقيدة لمبدأ سلطان الإرادة وحرية التصرف المقررة للآدميين فيما يجري بينهم من معاملات، والمراد بها: أن الشخص إذا أذن للغير بمباشرة مصلحة اختصاصية على ملكه أو حق من حقوقه سواء كان المأذون به تصرفًا أو انتفاعًا، فإن هذا الإذن لا يشمل الأعمال المنافية للشرع، وإنما ينصرف إلى المشروع منها[٤].

وبهذه القاعدة تَقَرَّرَ أن نفيَ القدرة الشرعية نفيٌ للإذن الصادر من المكلف؛ فإذن العبد موقوف على موافقة الشرع، ومعلق بالصحيح دون الفاسد، فالمأذون فيه بين بعض العباد وبعضهم مباح شرعًا إلا إذا تعارض مع إذن الشارع، فإنه ينزل منزلة ما لا إذن فيه[٥].

وهذه القاعدة ترتبط ارتباطًا وثيقًا بعدة قواعد تتعلق بإذن المكلف وما

---

(١) انظر: تاج العروس للزبيدي ١٦٣/٣٤.

(٢) انظر: فتح القدير لابن الهمام ٢١١/٨.

(٣) انظر: الأحكام للآمدي ص ١١٢

(٤) انظر: روضة القضاة للسمناني ١٠٧٨/٣، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو ١٢٢٣/١١، نظرية الإباحة لمحمد سلام مدكور ص ٦٣، نشر: دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٨٤م.

(٥) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٢٣٤/٢، غمز عيون البصائر للحموي ٢٣٣/١، كشاف القناع للبهوتي ١٤٠/٥.

يجب أن يحمل عليه عند إطلاقه، كقاعدة: «الفعل المأذون فيه يمنع إذا كان له مآل ممنوع»[١] وقاعدة: «مطلق الإذن ينصرف إلى المتعارف»[٢]، ولقد خرج الفقهاء عليها عدة ضوابط، هي عندهم مرعية في مواضعها، من أهمها: «الإذن بالبيع الفاسد لا يقتضي زوال الملك»[٣]، «الإذن في النكاح لا يتناول الفاسد»[٤]، «مطلق التوكيل ينصرف إلى ما يجوز للموكل أن يفعله بنفسه شرعًا دون ما يكون ممنوعًا منه»[٥].

وهذه القاعدة معمول بمقتضاها عند عامة الفقهاء خلافًا لما عند الحنفية ووجه في فقه الشافعية ورواية في مذهب الحنابلة أن الإذن المطلق يتناول الصحيح والفاسد[٦]، وكذلك قال الفقهاء: «الإذن المطلق يجري على إطلاقه ولا يتقيد بالصحيح»[٧]، غير أن ثمرة هذا الخلاف لا تظهر إلا في مسائل محدودة كما يظهر هذا من تطبيقات القاعدة، ومجال إعمال هذه القاعدة أبواب المعاملات المفيدة للإذن والإباحة[٨].

---

(١) نظرية المصلحة لحامد حسان ص ٢١٦.

(٢) شرح مجلة الأحكام العدلية للأتاسي ٤/١٣، مرآة المجلة لمسعود أفندي ص ٢٨٨، واقعات المفتين لنقيب زاده ١/١٢٤، شرح المجلة لسليم رستم ص ٤٥٢- ٤٥٦، مجمع الضمانات لابن غانم ٢/١٧٣.

(٣) الحاوي الكبير للماوردي ٨/٥٤١.

(٤) المغني لابن قدامة ٧/٥٠.

(٥) المبسوط ١٩/١٢٣.

(٦) انظر: غمز عيون البصائر للحموي ١/٢٣٣، نهاية المحتاج للرملي ٤/١٨٠، حاشية العطار١/٤١٢، المغني لابن قدامة ٧/٥٠.

(٧) مجمع الأنهر لشيخي زاده ١/٣٦٥. وانظر: عمدة الناظر لأبي السعود بيري زاده ١/١٢٦/ب.

(٨) انظر: غمز عيون البصائر للحموي ١/٢٣٣، أحكام لزوم العقد لعبد الرحمن بن عثمان الجلعود ص ٧٩، نشر: دار كنوز إشبيليا بالسعودية ١٤٢٨هـ.

أدلة القاعدة:

١- عن ابن عمر - رضي الله عنهما - «أن عمر بن الخطاب رأى حلة سيراء[١] عند باب المسجد، فقال: يا رسول الله لو اشتريت هذه فلبستها للناس يوم الجمعة وللوفد إذا قدموا عليك؟ فقال رسول الله ﷺ «إنما يلبس هذه من لا خلاق له في الآخرة» ثم جاءت رسول الله ﷺ منها حلل فأعطى عمر منها حلة، فقال عمر: يا رسول الله كسوتنيها وقد قلت في حلة عطارد ما قلت فقال رسول الله ﷺ «إني لم أكسكها لتلبسها»[٢].

قول النبي ﷺ لعمر - رضي الله عنه - «إني لم أكسكها لتلبسها» يدل على أن الإذن المطلق الصادر من الشخص لغيره مقيد بما صح شرعًا، فالنبي ﷺ أعطى حلة مصنوعة من حرير لعمر، وهذا يؤذن بجواز استعمالها من قبله، غير أن هذا الاستعمال مقيد بما أجازه الشرع.

٢- لأن الأشياء كلها لله تعالى، وإنما للعبد التصرف فيها بإذن الشرع، ويلزم من هذا جعل إذن المكلف منوطًا بالإذن الشرعي[٣].

تطبيقات القاعدة:

١- إذا استأجر مسلمٌ صاحبُ مصنع للأغذية المحفوظة صانعًا وفوض إليه كل ما يتعلق بصنع الطعام، فاستعمل الصانع الخمائر

---

(١) معنى سيراء: بكسر السين المهملة وفتح الياء والراء والمد هي: برود مضلعة بالحرير، أي ثياب مصنوعة من حرير. انظر: الديباج على مسلم للسيوطي ١١٩/٥.

(٢) رواه البخاري ٤/٢ (٨٨٦) واللفظ له، ومسلم ١٦٣٨/٣-١٦٤٠ (٢٠٦٨).

(٣) انظر: روضة القضاة لابن السمناني ١٠٧٨/٣.

والجلاتين[١] المأخوذة من الخنازير في صنع الأغذية، فإنه يعد متعديًا ويضمن[٢] لأن الإذن الصادر إليه من صاحب العمل بإدارة كافة الأعمال في المصنع إنما هو مقيد بالصحيح لا الفاسد.

٢- لا يجوز للولي أن يصالح على حق للصبي بخمر أو خنزير؛ لأن الولي وإن كان مأذونًا له بإدارة أموال الصبي فلا يتناول إلا الصحيح من التصرفات[٣] لأن الإذن لا يتناول الفاسد.

٣- إذا أذن الرجل لزوجته بالإنفاق من ماله في سبيل الله بقدر معين، فلا يجوز لها صرف ذلك القدر في غير مصارف الزكاة[٤] لأن الإذن من قبل الآدمي محمول على المعهود في الشرع.

٤- إذا أذن الولي للمحجور عليه أن يتزوج، فتزوج امرأة فبان أنها أخته في الرضاعة، ثم أراد أن يتزوج بأخرى زواجًا صحيحًا، له ذلك عند جمهور الفقهاء بالإذن الأول[٥]؛ لأن الإذن لا يتناول الفاسد.

٥- إذا حلف لا يبيع ولا يوكل بالبيع، ثم وكل غيره بالبيع، فباع بيعًا

---

(١) الجلاتين: مادة يروتينية تشبه بروتين الدم والأنسولين وبروتين البيض، وهي مادة من المواد التي تدخل في كثير من الصناعات الغذائية كمساعدة في العمليات التحويلية لخصائصه الفيزيائية المتميزة. انظر: الانتفاع بالأعيان المحرمة لجمانة محمد عبد الرازق أبو زيد ص ٦٠، نشر: دار النفائس ١٤٢٥هـ/٢٠٠٥م.

(٢) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة - الدورة الثامنة بمدينة عمان الأردن بتاريخ ١١/١٦/١٩٨٦م.

(٣) انظر: أحكام الصلح في الشريعة الإسلامية لعبد الرحمن بن عبد الله بن صالح الدباسي ص ٤٨، طبعة ١٤٢٤هـ/٢٠٠٤م.

(٤) انظر: نظرية الإباحة لمحمد سلام مدكور ص ٢١٨ نشر: مؤسسة الرسالة لعام ١٩٩٨م.

(٥) خلافًا لما عند أبي حنيفة من أن الإذن في النكاح يتناول الفاسد كما يتناول الصحيح. انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٢/٢٣٦ البحر الرائق لابن نجيم ٣/٢٠٨، ٢٠٩، البحر الزخار لابن المرتضى ٤/١٣٢.

فاسدًا كبيع الثمر قبل بدو صلاحه، لم يحنث عند جمهور الفقهاء[١] لأن الإذن لا يتناول الفاسد.

٦- إذا أذن الرجل لزوجته بالسفر، فلها أن تسافر بشرط أن يرافقها في السفر محرم منها أو أن تكون في رفقة آمنة؛ وإذا خالفت ذلك فيما لا ضرورة فيه تكون ناشزًا آثمة[٢] لأن مطلق الإذن يحمل على الصحيح دون الفاسد.

٧- إذا اتفق شخص مع طبيب على أن يجري له عملية جراحية تجميلية، كترقيع جلد الوجه، فلا يجوز للطبيب استعمال جلد الخنزير في عملية الترقيع مع وجود البدائل الحيوانية الأخرى والنباتية؛ لأن الإذن الصادر إليه من قبل المريض محمول على المعهود في الشرع، والمعهود في الشرع عند عامة الفقهاء[٣] حرمة استعمال لحم الخنزير وعظمه وجلده وعصبه حال السعة والاختيار[٤].

د. مبروك عبد العظيم أحمد مصري

* * *

(١) خلافًا لما عند أبي حنيفة ومن وافقه: أن الإذن يتناول الفاسد. انظر: بدائع الصنائع ٤/٥٨٢، المغني لابن قدامة ٤/٥٦، الإنصاف للمرداوي ١١/٦١، المحلى لابن حزم ٨/٤٢١، البحر الزخار لابن المرتضى ٤/٣٦٥، شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ٨/١٦٥.

(٢) انظر: نظرية التعسف للدريني ص ١٨٨ نشر: مؤسسة الرسالة لعام ١٩٩٨م.

(٣) خلافًا لما عند أهل الظاهر من جواز استعمال شحمه وجلده. تنظر المسألة بالتفصيل: المبسوط للسرخسي ١/٢٠٢، تبيين الحقائق للزيلعي ١/٢٥، العناية للبابرتي ١/٩٢، البحر الرائق لابن نجيم ١/١٠٥، الفتاوى الهندية ٥/٣٥٤، مواهب الجليل للحطاب ١/١٠١، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١/٥٤، حاشية العدوي على كفاية الطالب ١/٥٨٣، المجموع للنووي ١/٢٧٠، المغني لابن قدامة ١/٥٣، المحلى لابن حزم ١/١٢٩ مسألة ١٢٩٠، البحر الزخار لأحمد بن المرتضى ٢/٢٤، شرائع الإسلام للحلي ٣/١٧٩، الروضة البهية للعاملي ٢/٢٣٣، شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ١/٤٦٩.

(٤) انظر: الجراحة التجميلية لصالح بن محمد الفوزان ص ٣٧٥، نشر: دار التدمرية بالرياض ١٤٢٨هـ/ ٢٠٠٧م.



رقم القاعدة: ٣٢٩

نص القاعدة: المُمْتَنِعُ عادَةً كالمُمْتَنِع حَقِيقَةً[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- المستحيل عادة كالمستحيل حقيقة[٢].

٢- المستحيل العادي كالمستحيل العقلي[٣].

٣- المستحيل عادة يلحق بالمستحيل حقيقة[٤].

٤- المستحيل عادة كالمستحيل في نفسه[٥].

٥- كل ما تكذبه العادة فهو غير معتبر[٦].

٦- المكذَّب عادة كالمكذَّب حقيقة[٧].

---

(١) تبيين الحقائق للزيلعي ٥/١٠، ٤٢٦، حاشية ابن عابدين ٨/١٢٩، مجمع الأنهر لشيخي زاده ٣/٤٠٣، ترتيب اللآلي لناظر زاده ٢/١٠٧٤، المجلة - وشروحها - المادة ٣٨، شرح المجلة لكاشف الغطاء ١/٦٤. وانظر: سائر مصادرها في الموضع نفسه من ترتيب اللآلي/الهامش.
وفي لفظ: "الممنوع عادة كالممنوع حقيقة" شرح الأتاسي ١/٨٨.
وفي لفظ: "الممتنع عادة وعرفًا كالممتنع حقيقة" القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير للدكتور علي الندوي ص ٤٩٦. وفي لفظ آخر: "ما لا يصدق وقوعه عادة وعرفًا فهو في حكم الممتنع حقيقة". نظرية العرف للخياط ص ٩٦.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ٧/٣٣٧، الاختيار للموصلي ٤/٢٤٦.

(٣) البحر الرائق لابن نجيم ٧/٢٢٧، شرح المجلة للأتاسي ٥/٥٣.

(٤) بدائع الصنائع ٣/١٢، ٤/٨٤.

(٥) حاشية الروض المربع لابن قاسم ٦/٥٣٨.

(٦) النوازل للوزاني ٣/٤٣٨.

(٧) فتح القدير لابن الهمام ٣/٣٩.

٧- ما كذَّبه العقل أو جوزه وكذبته العادة فهو مردود[١].

قواعد ذات علاقة :

١- العادة مُحكَّمةٌ[٢]. (أعم).

٢- المتعذر يسقط اعتباره[٣]. (مكملة).

٣- المستحيل العادي لا يقبل الإقرار به ولا الشهادة[٤]. (أخص).

٤- كل دعوى ينفيها العرف وتكذبها العادة فإنها مرفوضة[٥]. (أخص).

شرح القاعدة :

المراد بالامتناع في هذه القاعدة تعذر واستحالة وقوع الشيء. والممتنع حقيقة هو الذي لا يمكن وجوده ووقوعه عقلاً مثل اجتماع النقيضين، وكإقرار الشخص لمن هو أكبر منه سنًا بأنه ابنه، والممتنع عادة هو الذي لا يعهد وقوعه، وإن كان فيه احتمال عقلي بعيد، مثل استقراض غني مبلغًا من فقير لا يكاد يجد قوت يومه.

فالامتناع إما أن يكون حقيقيًا لمخالفته العقل، وإما أن يكون امتناع الشيء بحكم العادة فقط، وإن جوزه العقل[٦].

---

(١) قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ٢/١٠٦.

(٢) هي من القواعد الكبرى التي لا يكاد يخلو منها كتاب من الكتب المؤلفة في القواعد، منها: أشباه السيوطي ص ٨٩، أشباه ابن نجيم ص ٧، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٣) انظرها: بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٤) فتاوى السبكي ١/٢١٠ (بتصرف).

(٥) النوازل للوزاني ٩/٥، ٩/٥٧٦، الطرق الحكمية لابن القيم ص ١٢٩. وفي لفظ: "كل دعوى يكذبها العرف فإنها غير مقبولة " مواهب الجليل للحطاب ٦/٢٢٤.

(٦) انظر: شرح المجلة لسليم رستم ص ٣٦، المدخل الفقهي العام للزرقا ٢/٩٨٩.

والعادة في هذه القاعدة تشمل العادة الكونية وسنة الله تعالى التي أجراها في الكون، كأن يخلق الولد من اجتماع ذكر وأنثى، كما تشمل أيضًا العادة الجارية بين الناس وما عليه التعامل فيما بينهم، وهي من هذا الوجه مندرجة تحت القاعدة الكبرى: «العادة محكمة».

ومعنى القاعدة: أن ما استحال وتعذر وامتنع وقوعه في جاري العادات فحكمه حكم ما استحال وامتنع وتعذر حقيقة من حيث رفضه وعدم بناء الحكم عليه.

ولا يقتصر معنى القاعدة على المستحيل عادة، بل يدخل تحتها - كما يقول الأتاسي، رحمه الله تعالى - «كل شيء مستبعد في العادة، حتى إنهم أفتوا بعدم تصديق الزوجة بعد الدخول بها بأنها لم تقبض المشروط تعجيله من المهر، مع أنها منكرة للقبض، وقاعدة المذهب أن القول للمنكر، لكنه في العادة لا تسلم نفسها قبل قبضه»[1] «فما كذبه العقل أو جوزه وأحالته العادة فهو مردود. وأما ما أبعدته العادة من غير إحالة فله رتب في البعد والقرب قد يختلف فيها، فما كان أبعد وقوعًا فهو أولى بالرد، وما كان أقرب وقوعًا فهو أولى بالقبول، وبينهما رتب متفاوتة»[2].

وهذه القاعدة أخذ بها – في الجملة – الحنفية والمالكية، وقال بها أيضًا الشافعية والحنابلة وغيرهم في مواضع كثيرة[3].

والمجال العام لتطبيق هذه القاعدة هو الأخبار، من الدعاوى والشهادات والأقارير وغيرها[4]، قال الإمام ابن عبد البر – رحمه الله تعالى: «في الأصول:

(١) شرح المجلة للأتاسي ١/٩١.

(٢) قواعد الأحكام ٢/١٠٦.

(٣) كما يتبين ذلك من خلال المصادر المحال عليها في الصيغ المتنوعة، وتطبيقات القاعدة.

(٤) انظر: المصدر السابق.

أن من جاء بما لا يشبه ولا يمكن في الأغلب كُذِّب ولم يقبل منه»[١]، ومن هنا قال الأتاسي- رحمه الله تعالى: «ومن تتبع جزئياتها يجد أكثرها في الدعاوى والشهادات، وفي: القول لِمَن»[٢].

ولا يدخل فيها عند بعض الفقهاء ما كان من قبيل تعليق أمر بأمر آخر، مثل تعليق الطلاق، والظهار والعتق ونحو ها بأمر مستحيل عادة، وكذلك الحلف على أمر مستحيل عادة، فإنهم يفرقون في هذه الأمور بين المستحيل عادة والمستحيل عقلاً، ولا يجعلون فيها الممتنع حقيقة عقلاً، مساويًا في الحكم للممتنع عادة، فمثلاً: من حلف على أمر مستحيل عقلاً بأن قال: والله لأشربن الماء الذي في هذا الكوز، معتقدًا أن فيه ماءً، ولا ماء فيه، لم تنعقد اليمين في قول أبي حنيفة ومحمد و زفر و من وافقهم من الفقهاء.

لكن لو قال: والله لأصعدن – أو لأَمَسَنَّ السماء- أو: لأحولن هذا الحجر ذهبًا، فإن يمينه تنعقد عند جمهور الفقهاء؛ لأن اليمين هنا على فعل مستحيل عادة، والبر متصور الوجود في نفسه بأن يقدر الله تعالى الحالف على ذلك، كما أقدر الملائكة والجن والأنبياء على صعود السماء، وكذلك انقلاب الحجر ذهبًا ممكن بتحويل الله تعالى، وهكذا كل ما ذكر إلا أن الحالف عاجز عن الأمر عادة، فبالنظر لتصور وجود المحلوف عليه حقيقة انعقدت اليمين، وبالنظر للعجز عن تحقيق المحلوف عليه عادة حنث في الحال، ووجبت الكفارة.

وقال زفر - ومن وافقه: لا تنعقد يمين هذا الحالف؛ لأنه مستحيل عادة فيلحق بالمستحيل حقيقة، وبما أن اليمين لا تنعقد في المستحيل حقيقة فلا ينعقد كذلك في المستحيل عادة[٣].

---

(١) الكافي لابن عبد البر ص ٤٧٨.

(٢) شرح المجلة للأتاسي١/٩١. وانظر أيضًا: نظرية التقعيد الفقهي للدكتور محمد الروكي ص ١٤٤.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ١١/٣، فتح القدير١٤٢/٥، شرح الأتاسي ١/٩٠،٨٩. وراجع أيضًا: الفروق=

أدلة القاعدة :

١- قوله تعالى: ﴿أَنَّىٰ يَكُونُ لَهُۥ وَلَدٌ وَلَمْ تَكُن لَّهُۥ صَٰحِبَةٌ﴾ [الأنعام - ١٠١].

ووجه الدلالة من الآية الكريمة هو أنه لما كان يستحيل عادة وجود الولد بلا والدة، وقد انتفت الصاحبة في حقه جل ثناؤه، لزم من ذلك انتفاء الولد لا محالة. وقد قيل إن هذه الآية حجة عادية لا عقلية(١).

٢- قوله تعالى: ﴿قَالَتْ أَنَّىٰ يَكُونُ لِى غُلَٰمٌ وَلَمْ يَمْسَسْنِى بَشَرٌ وَلَمْ أَكُ بَغِيًّا﴾ [مريم، ٢٠]، وقوله جل ثناؤه – حاكيًا عن قول قوم مريم لها: ﴿يَٰٓأُخْتَ هَٰرُونَ مَا كَانَ أَبُوكِ ٱمْرَأَ سَوْءٍ وَمَا كَانَتْ أُمُّكِ بَغِيًّا﴾ [مريم - ٢٨]. قال ابن قدامة – رحمه الله تعالى: «إن الحمل بدون الوطء مستحيل عادة بدليل هاتين الآيتين، ولولا استحالته لما نسبوها إلى البغاء لوجود الولد»(٢). والمستحيل عادة كالمستحيل عقلاً، فلذلك كان حملها وولادتها خرقًا للعادة كرامة لها من الله عز وجل.

٣- حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما «أن رسول الله ﷺ صالح يهود خيبر على أن يجلوا منها ولهم ما حملت ركابهم، ولرسول الله ﷺ الصفراء والبيضاء، ويخرجون منها، فاشترط عليهم أن لا يكتموا ولا يغيبوا شيئًا، فإن فعلوا، فلا ذمة لهم ولا عصمة، فغيبوا مَسْكا(٣). فيه مال وحلي لحيي بن أخطب، كان احتمله معه إلى خيبر، حين أجليت

= للقرافي ٨٦/٣، ٨٧، فتح الوهاب لزكريا الأنصاري ٣٤٣/٢، أسنى المطالب له ٢٥٤/٤، الشرح الكبير لابن قدامة شمس الدين ٣٦٤/٨، الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي٣٧٢/٣، ٣٧٤، الموسوعة الفقهية ٢١٣/٣.

(١) انظر: بلغة السالك حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٣٤٣/٣. وراجع أيضًا: روح المعاني للألوسي ٢٤٢/٧.

(٢) المغني ٤١٧/٧.

(٣) المَسْك – بالسكون: أي الجلد. انظر: النهاية في غريب الحديث لابن الأثير ٣٣١/٤.

النضير، فقال رسول الله ﷺ لعم حيي: «ما فعل مَسْك حيي الذي جاء به من النضير؟»، فقال: أذهبته النفقات والحروب، فقال ﷺ: «**العهد قريب والمال أكثر من ذلك**»، فدفعه رسول الله ﷺ، إلى الزبير بن العوام، فمسه بعذاب..، فقال: «قد رأيت حييا يطوف في خَرِبة هاهنا، فذهبوا فطافوا، فوجدوا المسك في خربة»»[1].

فقد أبطل رسول الله ﷺ زعم عم حيي أن المال أذهبته الحروب والنفقات بأن ذهاب مثل هذا المال الكثير في مثل هذه المدة ممتنع عادة. قال الإمام ابن القيم- رحمه الله تعالى: في هذا الحديث «الأخذ في الأحكام بالقرائن والأمارات كما قال النبي ﷺ لكنانة: «المال كثير والعهد قريب». فاستدل بهذا على كذبه في قوله: «أذهبته الحروب والنفقة»[2].

٤- ويستأنس لها بما ورد عن ابن عباس - رضي الله عنه - قال: «لما أتي يعقوب بقميص يوسف ولم ير فيه خرقًا قال كذبتم لو أكله السبع لخرق قميصه»[3].

٥- وبما ورد أيضًا عن عامر الشعبي- رحمه الله تعالى - قال: «كان في قميص يوسف ثلاث آيات: حين قُدّ قميصه من دبره وحين ألقي على وجه أبيه فارتد بصيرًا وحين جاؤوا بالدم عليه وليس فيه شق علم أنه كذب لأنه لو أكله السبع خرق قميصه»[4]. ابن عبد البر - بعد رواية الأثرين: «ومما يشهد لهذا أيضًا قول الله عز وجل: ﴿إِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ ٱلْكَـٰذِبِينَ ﴿٢٦﴾ وَإِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن دُبُرٍ فَكَذَبَتْ

---

(١) رواه أبو داود ٣/١١٧ (٣٠٠٨)، وابن حبان واللفظ له ١١/٦٠٧ (٥١٩٩).

(٢) زاد المعاد لابن القيم ٣/٣٠٦.

(٣) رواه ابن جرير في تفسيره ١٢/١٦٤، وابن أبي حاتم في تفسيره ٥/٣٤٦-٣٤٧ (١٢٢٤٣).

(٤) رواه ابن جرير في تفسيره ١٢/١٦٤، وابن أبي حاتم في تفسيره ٥/٣٤٧ (١٢٢٤٥)، ٤٢٥(١٢٨٠٣).

﴿وَهُوَ مِنَ ٱلصَّـٰدِقِينَ﴾ [يوسف - ٢٦ – ٢٧] وهذا أصل فيما ذكرنا [يعني أن من جاء بما لا يشبه ولا يمكن في الأغلب كذب ولم يقبل منه] وفي كل ما يشبه، والله أعلم»(١).

تطبيقات القاعدة:

١- لو ادعى رجل معروف بالفقر مبالغ جسيمة على آخر أنه أقرضه إياها دفعة واحدة، حال كونه لم يرث ولم يصب مالاً بوجه آخر، فلا تسمع دعواه؛ لأنها مما يمتنع عادة فهي كالممتنع حقيقة(٢).

٢- لو بعث الزوج إلى امرأته شيئًا فاختلفا فقالت المرأة هو هدية وقال الزوج هو من المهر فالقول قول الزوج إلا إذا كان يكذبه ظاهر العادة، كأن يكون المبعوث الطعام الذي يؤكل؛ لأنه لا يبعث مهرًا عادة(٣).

٣- لو أن رجلاً، استلحق ولدًا، وهو لم يتزوج قط فلا يعتد بذلك؛ لأن العادة تحيل أن يكون له ولد، لأن كون الولد إنما يكون بين ذكر وأنثى، والمستحيل عادة كالمستحيل حقيقة(٤).

٤- لو ادعى المتولي أو الوصي أنه أنفق أموالاً عظيمة على الوقف أو اليتيم، وكذبه فيها الظاهر، لا تسمع دعواه؛ لأن الممتنع عادة كالممتنع حقيقة(٥).

---

(١) الكافي لابن عبد البر ص ٤٧٨.

(٢) انظر: البحر الرائق ٧/٢٢٨، شرح سليم رستم للمجلة ص ٣٦، القواعد الفقهية للبجنوردي ٢/٢٨٣.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٢/٣٠٨.

(٤) بلغة السالك ٣/٣٤٣.

(٥) انظر: فتح القدير ٤/١٨٤.

٥- لو ادعى رجل كبير في السن لا يرى ما أمامه إلا بصعوبة أنه رأى الهلال ترد شهادته؛ لهذه القاعدة(١).

٦- لو أخبر مخبر أنه رأى شخصًا بعيدًا عنه في مسافة يوم مثلاً، وسمعه يقر بحق وشهد عليه به، لم يقبل خبره ولا شهادته بذلك ولا يرتب عليها حكم؛ لأن ذلك وإن كان ممكنًا في العقل لكنه مستحيل في العادة، وما تكذبه العادة فهو مردود(٢).

٧- لو ادعى الولد الذي في بيت أبيه، يعوله أبوه وينفق عليه، وصنعتهما واحدة، أن المال الذي تحت يد والده ملكه أو له فيه حصة، فهذه دعوى مرفوضة؛ لأنها ممتنعة في العادة(٣).

٨- إن شرط المتسابقان في الرمي ما هو ممتنع في العادة- كأن يكون الغرض صغيرًا جدًا، أو كانت المسافة بعيدة، أو اشترطا كثرة الإصابة- بطل العقد؛ لفوات شرط السبق في الرمي؛ لأن من شروط السبق في الرمي إمكان الإصابة عادة، والممتنع عادة كالممتنع حقيقة(٤).

٩- لو أن امرأة صغيرة لم تحض – أو آيسة – ادعت انتهاء عدتها بثلاث حيض لم تصدق، ولم تقبل دعواها؛ لأنها ادعت ما هو مستحيل عادة، والمستحيل عادة كالمستحيل حقيقة(٥).

د. محمد خالد عبد الهادي هدايت

* * *

(١) انظر: فتاوى السبكي ١/٢١٠، مجمع الأنهر لشيخي زاده ١/٣٤٨.
(٢) انظر: فتاوى السبكي ١/٢١٠.
(٣) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٢٢٥.
(٤) انظر: روضة الطالبين للنووي ١٠/٣٦٥.
(٥) انظر: المرجع السابق ١٠/١٨٨، حواشي الشرواني ٨/١١١.

رقم القاعدة: ٣٣٠

نص القاعدة: مَا لَا تَقْدِيرَ فِيهِ شَرْعًا يُرْجَعُ فِيهِ إِلَى الوُجُودِ[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- ما لا نص فيه[٢]، يرجع فيه إلى الوجود[٣].

٢- ما ورد في الشرع ولا ضابط له شرعًا ولا لغة يتبع فيه الوجود[٤].

٣- كل ما لا ضابط له في الشرع ولا في اللغة يرجع فيه إلى الوجود[٥].

٤- يرجع إلى العوائد فيما كان خِلقة[٦].

قواعد ذات علاقة:

١- العادة محكمة[٧]. (أعم).

---

(١) شرح منتهى الإرادات للبهوتي ١٩٣/٣، كشف المخدرات للبعلي ٦٧٠/٢.

(٢) المقصود بما لا نص فيه: ما ليس فيه تقدير منصوص عليه.

(٣) المغني لابن قدامة ٩٨/٨، المبدع لابن مفلح ١١١/٨، شرح الزركشي على الخرقي ٥٣٨/٢.

(٤) انظر: أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٩٩/١، مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٢٧٨/١، نهاية المحتاج للرملي ٣٢٤/١.

(٥) كفاية الأخيار للحصني ص ٧٦.

(٦) القواعد للمقري ٣٤٥/١.

(٧) الأشباه والنظائر للسبكي ٥٠/١، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٨٢، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٩٣، مجلة الأحكام العدلية، المادة: ٣٦، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

٢- الثابت بدلالة العرف كالثابت بدلالة النص[١]. (أعم).

٣- ما ورد به الشرع مطلقًا وليس له حد في الشرع ولا اللغة يرجع فيه إلى العرف والعادة[٢]. (أعم).

شرح القاعدة:

المراد بالوجود: الوقوع والحصول.

وهذه القاعدة متفرعة عن القاعدة العامة: «ما ورد به الشرع مطلقًا وليس له حد في الشرع ولا اللغة يرجع فيه إلى العرف والعادة»[٣]، وأخص منها مجالاً، فهي تتعلق بضبط المقادير المتعلقة بالعادات الخِلقية التي لا كسب للإنسان فيها، دون غيرها.

والعادة التي تبنى عليها الأحكام في الشريعة تشمل كل متكرر من الأقوال والأفعال، سواء أكان مصدرها الحاجات البشرية أو التقاليد الوراثية، أم كان مصدرها الأمور الطبيعية التي خلق الله البشر عليها، وأوجدها فيهم، من الحيض والنفاس والبلوغ ونحو ذلك، وهذا القسم الأخير هو المعني بلفظ: «الوجود» في القاعدة.

ومعنى القاعدة: أن العادات الطبيعية والخِلقية المستقرة التي لا كسب للإنسان فيها؛ كالحيض، والنفاس، والحمل، ونحوها إذا أطلقها الشارع،

---

(١) المبسوط للسرخسي ٢٢٧/٤، وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "الثابت بالعرف كالثابت بالنص".

(٢) تكملة المجموع للسبكي ٢٢٠/١٠. ووردت في المغني لابن قدامة ١٨٩/١ بلفظ: "ما ورد في الشرع مطلقًا من غير تحديد، ولا حد له في اللغة، ولا في الشريعة، فيجب الرجوع فيه إلى العرف والعادة". بتصرف يسير، وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "كل ما ورد به الشرع مطلقا ولا ضابط له فيه ولا في اللغة يحكم فيه العرف ".

(٣) تكملة المجموع للسبكي ٢٢٠/١٠.

وأناط بها أحكامًا، ولم يضبطها بصفة معينة أو قدر معين، ولا حد لها في اللغة؛ فإنه يرجع في تحديد مقاديرها إلى الواقع الموجود في حياة الناس، فأي قدر وجد في أي زمان ومكان وجب اعتباره؛ كما في تقدير أكثر مدة الحمل التي يلحق فيها الولد بالزوج، فقد اختلف الفقهاء رحمهم الله في ذلك على أقوال عديدة، وسبب الخلاف هو أن المسألة مبنية على العادة الموجودة عند النساء، قال الحافظ أبو عمر ابن عبد البر: «وهذه مسألة لا أصل لها إلا الاجتهاد، والرد إلى ما عرف من أمر النساء»[1].

ولكن هل وقوع الشيء وحصوله مرة أو مرتين يكفي لاعتباره عادة خِلقية أم لا؟ فالأمر في العادات البشرية الطبيعية يختلف عن غيرها من العادات، ومن أجل ذلك اختلف الفقهاء في ثبوتها بالمرة أو المرتين أو أكثر، وسبب الخلاف هو أن تحديد المرات يختلف بحسب طبيعة الفعل، فليس التكرار الذي تثبت به عادة الحيض كالذي تثبت به عادة الجارحة في الصيد؛ قال اللحجي في مبحث ما تثبت به العادة: «وذلك يختلف: فتارة تثبت بمرة؛ كما في الاستحاضة، وكما في العادة في الإهداء للقاضي قبل الولاية، وتارة تثبت العادة بثلاث؛ كالقائف، وتارة لا بد من تكرار يغلب على الظن أنه عادة؛ كالجارحة في الصيد، لا بد من تكرار حتى يحصل غلبة الظن بالتعليم، وكاختبار حال الصبي قبل البلوغ بالمماكسة في البيع ونحوه، فيختبر حتى يغلب على الظن رشده»[2]. ولكل مذهب تفصيلاته وترجيحاته في ذلك.

وقد اتفق الفقهاء على هذه القاعدة في الجملة، وإن كان ثمة اختلاف بينهم فهو في التفاصيل والفروع.

---

(١) الاستذكار لابن عبد البر ١٧٠/٧. والذي توصل إليه الطب الحديث هو أن مدة الحمل تكون أربعين أسبوعًا، وهي تساوي تسعة أشهر قمرية، ويرى الأطباء أن الحمل لا يتأخر عن الموعد المعتاد إلا فترة وجيزة لا تزيد عن أسبوعين أو ثلاثة غالبًا. انظر: "خلق الإنسان بين الطب والقرآن للدكتور محمد البار ص ٤٥١، القرار المكين للدكتور مأمون شقفة ص ٧٣.

(٢) إيضاح القواعد الفقهية للحجي ص ٧٥.

أدلة القاعدة:

١- قوله ﷺ لحمنة بنت جحش: «تَحَيَّضِي في علم الله ستة أيام أو سبعًا، كما تحيض النساء وكما يطهرن لميقات حيضهن وطهرهن»[١].

فرد رسول الله ﷺ أمرها إلى العادة الموجودة عند النساء، قال الإمام الخطابي رحمه الله تعالى: «رد رسول الله ﷺ أمرها إلى العرف الظاهر، والأمر الغالب من أحوال النساء، كما حمل أمرها في تحيضها كل شهر مرة واحدة على الغالب من عادتهن»[٢].

٢- قاعدة: «العادة محكمة»[٣]. وأدلتها؛ لأن دليل الأصل دليل لفرعه.

تطبيقات القاعدة:

١- إذا رأت المرأة دمًا يسيرًا، أقل من يوم، ثم انقطع عنها، فلا يمنعها ذلك من الصلاة والصيام؛ لانقطاعه لدون أقل الحيض، وهو يوم وليلة[٤]؛ لأنه ورد في الشرع مطلقًا من غير تحديد، ولا حد له في اللغة، ولا في الشريعة، فيجب الرجوع فيه إلى الوجود، وقد وجد حيض معتاد يومًا، ولم يوجد حيض أقل من ذلك عادة مستمرة في

---

(١) رواه أحـمد ٤٥/٤٦٧ (٢٧٤٧٤)، ٤٦٩ (٢٧٤٧٥)، وأبو داود ١/٢٩٠-٢٩٢(٢٩١)، والترمذي ١/٢٢١-٢٢٦(١٢٨)، وابن ماجه ١/٢٠٥ - ٢٠٦ (٦٢٧)، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

(٢) معالم السنن للخطابي ١/١٨٤.

(٣) انظرها: بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٤) هذا على مذهب الشافعية والحنابلة فأقله عندهم يوم وليلة على المعتمد. أما الحنفية فأقله عندهم ثلاثة أيام بلياليهن، وأما عند المالكية فلا حد لأقله بالزمان في باب العبادات، فالدفعة من الدم حيض، وأما في العدة والاستبراء فاختلفت أقوالهم في تقديره، والمشهور عندهم أن أقله يوم أو بعضه، حسب عادة نساء البلد، ويرجع في ذلك للنساء العارفات في بلدها. انظر: المبسوط للسرخسي ٣/١٤٧، أحكام القرآن للجصاص ١/٤٦٣، المنتقى شرح الموطأ للقاضي أبي الوليد الباجي ١/١٢٣، الشرح الكبير للدردير ٢/٤٧٢، مواهب الجليل للحطاب ٤/١٤٧، شرح مختصر خليل للخرشي ٤/١٤١.

عصر من الأعصار، فلا يكون حيضًا[١].

٢- إذا رأت الصغيرة الدم قبل تسع سنين فهو دم فساد، ولا يثبت به البلوغ؛ لأن أقل سن تحيض فيه المرأة - عند جمهور الفقهاء - تسع سنين قمرية، إذ المرجع في ذلك إلى الوجود، ولم يوجد من النساء من يحضن عادة فيما دون هذا السن، قال الشافعي: أعجل من سمعت من النساء تحيض نساء تهامة، يحضن لتسع سنين[٢].

٣- إذا رأت المرأة الدم بعد الخمسين، على العادة التي كانت تراه فيها، فهو حيض؛ لأن ما لا تقدير فيه شرعًا يرجع فيه إلى الوجود، وقد وجد حيض من نساء ثقات أخبرن به عن أنفسهن بعد الخمسين، فوجب اعتقاد كونه حيضًا، وعليها العدة بالأقراء لا بالأشهر، أما إذا رأته بعد الستين فلا يكون حيضًا؛ لأنه لم يوجد[٣].

٤- إن أوصى لحمل في بطن امرأة طلقها زوجها، أو مات عنها، فأتت به لأكثر من أربع سنين من حين الفرقة، لم تصح الوصية له؛ لأنه تبين بهذا أنه لم يكن موجودًا حال الوصية؛ لأن أقصى مدة الحمل أربع سنين؛ لأن ما لا نص فيه يرجع فيه إلى الوجود، وقد وجد الحمل لأربع سنين، فوجب أن يحكم به[٤].

---

(١) انظر: الأم للشافعي ١/٨٥، المهذب للشيرازي مع المجموع ٢/٤٠٢، المغني لابن قدامة ١/١٨٩، ٣٤٨/٧، الإنصاف للمرداوي ١/٣٥٨.

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي ٣/١٤٩، المجموع للنووي ٢/٤٠١، أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ١/٩٩، نهاية المحتاج للرملي١/٣٢٤، مغني المحتاج للشربيني ١/٢٧٨، المغني لابن قدامة ١/٢٢٠، الإنصاف للمرداوي ١/٣٥٥.

(٣) انظر: المغني لابن قدامة ١/٢١٩، ٨/٨٧.

(٤) انظر: المغني لابن قدامة ٦/٩١، ٨/٩٨، الإنصاف للمرداوي ٧/٢٢٧. هذا ما ذكره كثير من الفقهاء المتقدمين، أما الآن فتوصل الطب الحديث إلى أن مدة الحمل تكون في المعتاد أربعين أسبوعًا، وهي تساوي تسعة أشهر قمرية، ولا تزيد على ذلك إلا شيئًا يسيرًا أحيانًا. وبناء على ذلك اعتمد القانون في عدد من الدول العربية تقدير أكثر مدة الحمل بسنة شمسية واحدة.

٥- المفقود الذي انقطع أثره، ولا يعلم خبره، لغيبة ظاهرها السلامة؛ فإنه يحكم بموته إذا مضت مدة يظن أنه لا يعيش فوقها، ولم يبق أحد من أقرانه حيًا، ويقسم ماله بعد ذلك، والعبرة في ذلك بالوجود؛ لأن ما لا تقدير فيه شرعًا يرجع فيه إلى الوجود، واختلف في تقدير هذه المدة بناء على الاختلاف في العادة الموجودة في ذلك؛ فقال الحسن بن زياد من الحنفية والزيدية: إذا تم مائة وعشرون سنة من مولده يحكم بموته، بناء على أنه لا يتصور أن يعيش أحد أكثر من هذه المدة، وعن أبي يوسف رحمه الله قال: إذا مضى مائة سنة من مولده يحكم بموته؛ لأن الظاهر أن أحدًا في زماننا لا يعيش أكثر من مائة سنة[(١)]، وعند الحنابلة: ينتظر مدة تسعين سنة من حين ولادته؛ لأن غالب الناس لا يعيشون أكثر من التسعين[(٢)]، وعند المالكية يعمر سبعين سنة على المشهور؛ لأنه نهاية العمر المعتاد[(٣)]، وهو اختيار المحقق ابن الهمام من الحنفية[(٤)].

٦- إذا رأت المرأة الدم بين حيضتين دون أقل الطهر، فلا تجري عليه أحكام الحيض؛ لأن أقل الطهر خمسة عشر يومًا بلياليها؛ لأن ذلك أقل ما ثبت وجوده في الغالب من جبلة النساء؛ وما لا تقدير فيه شرعًا يرجع فيه إلى الوجود[(٥)].

٧- إذا بلغ الصبي خمس عشرة سنة، ولم تظهر عليه علامة من علامات

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي ١١/٣٥ - ٣٦، التاج المذهب للعنسي ٢/١٣.
(٢) انظر: المغني لابن قدامة ٦/٢٦٣، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢/٥٤٢.
(٣) انظر: المنتقى شرح الموطأ للباجي ٤/٩٢، الشرح الكبير للدردير ٢/٤٨٢، شرح مختصر خليل للخرشي ٤/١٥٣.
(٤) انظر: فتح القدير لابن الهمام ٦/١٤٩.
(٥) انظر: تفسير القرطبي ٣/٨٣، الاستذكار لابن عبد البر ١/٣٤٨، المجموع للنووي ٢/٤٠٤.

البلوغ المعروفة، عُدَّ بالغًا[١]، وجرى عليه التكليف؛ لأن ما لا تقدير فيه شرعًا يرجع فيه إلى الوجود، والغالب أن علامات البلوغ لا تتأخر عن هذا السن في العادة، فيحكم بها[٢].

محمد عمر شفيق الندوي

* * *

(١) هذا على مذهب الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة وفي رواية عند المالكية، حيث إن البلوغ بالسن يكون عندهم بتمام خمس عشرة سنة قمرية للذكر والأنثى. انظر: الدرر شرح الغرر لملاخسرو ٢٠/١، رد المحتار لابن عابدين ١٦٨/١، المجموع للنووي ٣٧٣/١٠، تحفة المحتاج للهيتمي ١٦٣/٥، مواهب الجليل للحطاب ٥٩/٥، المغني لابن قدامة ٥٩٧/٦، الإنصاف للمرداوي ٣٢٠/٥. والمشهور عند المالكية تقديره بثماني عشرة سنة. انظر: مواهب الجليل ٥٩/٥، شرح الخرشي على مختصر خليل ٢٩١/٥، وعند الظاهرية بتسع عشرة سنة. انظر: المحلى ٨٩/١.

(٢) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٢٠٣/٥، اللباب شرح الكتاب للميداني ١٦٨/١.

رقم القاعدة: ٣٣١

نص القاعدة: السِّيمَا وَالزِّيُّ حُجَّةٌ[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- يجوز الاستدلال بالسيما والأمارة[٢].

٢- عند الاشتباه اعتبار الزي والعلامة أصل[٣].

٣- تحكيم السيماء فيما يحكم فيه بالعلامة أصل[٤].

٤- الحكم بالعلامة له أصل في الشريعة[٥].

٥- تحكيم السيماء أصل فيما لا يوقف على حقيقته[٦].

القواعد ذات العلاقة:

١- بناء الحكم على الظاهر جائز فيما لا يوقف على حقيقته[٧]. (أعم).

---

(١) البحر الرائق لابن نجيم ١٥٨/٥، وانظر: شرح فتح القدير للسيواسي ١١٤/٦.
(٢) أحكام القرآن للجصاص ٥٤٧/١.
(٣) المبسوط للسرخسي ٢١٥/١٠.
(٤) شرح السير الكبير للسرخسي ٧١٠/٢.
(٥) النوازل الكبرى للوازاني ٣٦٧/١١.
(٦) شرح السير الكبير للسرخسي ١٤٤٤/٤.
(٧) شرح السير الكبير للسرخسي ١٩٣٩/٥. وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "الحكم ينبني على الظاهر ما لم يتبين خلافه".

٢- لا يجوز الرجوع إلى غالب الظن مع القدرة على القطع واليقين[١]. (مقيدة).

٣- لا عبرة بالظن إلا فيما ثبت اعتباره فيه[٢]. (محددة لمجال إعمال القاعدة).

٤- غلبة الظن كاليقين[٣]. (معللة للقاعدة) .

٥- الإشهاد بخبر العوام يوجب من العلم أكثر مما توجبه السيماء والعلامة[٤]. (مبين لدرجة قوة الاستدلال بالسيماء).

٦- الشرع ورد بالترجيح بالعلامة في الجملة[٥]. (متممة لمجال إعمال القاعدة) .

شرح القاعدة :

السيما والسيماء والسيمياء والسمة العلامة التي يعرف بها الشيء[٦]، ومن ذلك الخيل المسوَّمة، تقول: أسَمْتُها أنا وسوَّمتها، وتكون مسوَّمة معلَّمة من السيماء، وهي العلامة[٧]. قال الليث: سوَّم فلان فرسه: إذا أعلم عليه بحريرة أو

---

(١) العدة لأبي يعلى ١٥٩٣/٥، وانظر: المسودة لآل تيمية ص٤٥٦. وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "القادر على اليقين لا يعمل بالظن".

(٢) كتاب الطهارة للخوئي، ص ٣١٣.

(٣) تبيين الحقائق للزيلعي ٣٤٢/١، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.. وقد عبر عنها بعبارة: "أكبر الرأي كاليقين فيما لا يمكن معرفة حقيقته" كشف الأسرار لعلاء الدين البخاري ٤٦/٣، وانظر: شرح فتح القدير لابن الهمام ١٣٦/١.

(٤) شرح السير الكبير للسرخسي ٢٢٢٠/٥.

(٥) بدائع الصنائع للكاساني ٢٥٣/٦.

(٦) تفسير البغوي ٢٥٩/١، وانظر: المخصص لابن سيده ١٤/٥، لسان العرب لابن منظور ٣١٣/١٢، المعجم الوسيط ٤٦٦/١.

(٧) انظر: غريب القرآن للسجستاني ص ٤٣٤.

بشيء يعرف به. والسيما ياؤها في الأصل واو، وهي العلامة التي يعرف بها الخير والشر[١] والسيما فيها ثلاث لغات: القصر، وهو الأفصح وبه جاء القرآن، والمد، والثالثة السيمياء بزيادة ياء مع المد لا غير[٢] والزِّي بالكسر الهيئة[٣].

وهما في الاصطلاح بنفس المعنى في اللغة. واستخدمت المفردتان «السيما والزِّي». في صيغة القاعدة المختارة مترادفتين، ومن مرادفيهما أيضًا عند الفقهاء الأمارة والعلامة كما ورد في بعض الصيغ الأخرى للقاعدة.

ومعنى القاعدة أنه إذا وقع الاشتباه في أمر من الأمور ولم نستطع الوقوف على حقيقة الأمر[٤] وواقع الحال فيه بناء على الأدلة والبراهين اليقينية القطعية، ووجدت سمة أو علامة أو أمارة مميزة، فيجوز في هذه الحالة اعتمادها في تقرير ما يتعلق بها من أحكام.

ومثال الحكم بالسيما والزي لو رأى أحد شخصًا يدخل بيته ليلاً وقد تسوَّر الجدار، وهو مقنع الوجه ويحمل حديدة، فتمكن من القبض عليه وأشهد عليه، فإنه يعامل معاملة اللصوص وتجري عليه أحكامهم، اعتمادًا على السيما والعلامات، ولا يُقبل من ذلك الشخص قوله – مثلاً: إنه كان هاربًا من شخص آخر يريد إذايته واحتمى بالبيت.

إن الأصل في الأحكام الشرعية بناؤها على ما يفيد العلم اليقيني ما وجدنا إلى ذلك سبيلاً، ولا يصار إلى الاعتماد على الظن الظاهر إلا عند تعذر الوقوف على الحقيقة، أي القطع واليقين، ومن ثم كانت القاعدة أن «بناء الحكم على الظاهر جائز فيما لا يوقف على حقيقته»، يقول القرافي: «الأصل ألا تبنى

---

(١) تهذيب اللغة للأزهري ١٣/ ٧٦.

(٢) انظر: شرح مسلم للنووي ٧/ ١٦٧.

(٣) انظر: المصباح المنير للفيومي، المكتبة العلمية، ١/ ٢٦٠، تاج العروس للزبيدي ٣٨/ ٢٣٣-٢٣٤.

(٤) هذا القيد نصت عليه إحدى صيغ القاعدة وهي: "تحكيم السيماء أصل فيما لا يوقف على حقيقته".

الأحكام إلا على العلم لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِۦ عِلْمٌ﴾ [الإسراء، الآية: ٣٦]، لكن دعت الضرورة للعمل بالظن لتعذر العلم في أكثر الصور، فتثبت عليه الأحكام لندرة خطئه وغلبة إصابته، والغالب لا يترك للنادر»[١].

إلا أن الظن المعمول به عند تعذر اليقين ليس على إطلاقه بحيث تجري الأحكام الشرعية على وفق أهواء الناس وتشهيهم، بل لابد أن يتحقق العجز عن العلم بالحقيقة، ولذلك أكدت القاعدة من ذوات العلاقة أنه «لا يجوز الرجوع إلى غالب الظن مع القدرة على القطع واليقين»[٢] فلا يعتمد على السيما والعلامة - وهي دليل ظني - إلا فيما يجوز إعمالها فيه، لأنه «لا عبرة بالظن إلا فيما ثبت اعتباره فيه». وقد بينت الصيغة الأخرى للقاعدة: **تحكيم السيماء فيما يحكم فيه بالعلامة أصل**. أن تحكيم السيماء مقصور على ما يحكم فيه بالعلامة، وهو ما لا يمكن أن يوقف على الحقيقة فيه.

ثم لا بد من أن تكون الأمارة أو العلامة أو السيماء معتبرة شرعًا، حتى يمكن اعتبارها دعامة يستند الظن عليها، يقول القرافي: «ثم شرط العمل بالظن اقتباسه من الأمارات المعتبرة شرعًا ثم حيث ظفرنا بالعلم لا نعدل عنه إلى الظن»[٣].

فإذا تأكد عدم القدرة على التحقق والعلم بواقع الحال، تعين الرجوع إلى غالب الظن وأكبره، ومنه الاستدلال بالسيماء والعلامة المميزة، إذ لا عبرة بالعلامة والسيماء البين خطؤها أو المشكوك في دلالتها على الحقيقة، ولذلك وسم الفقهاء السيما المعتبرة بالعلامة الفارقة[٤] والمميزة[٥] وقالوا «غلبة الظن

---

(١) الذخيرة للقرافي ١/ ١٧٧.
(٢) انظر: في نفس المعنى المحصول للرازي ٦/ ١٤.
(٣) الذخيرة ١/ ١٧٧.
(٤) درر الحكام لعلي حيدر ٤/ ١٤٣.
(٥) الفتاوى الكبرى لابن حجر الهيتمي ١/ ٤٤.

كاليقين». يقول السرخسي فيما إذا وجد المسلمون فرسًا كتب عليه: حبيس في سبيل الله تعالى: «إن وجدوا ذلك في موضع هو في يد أهل الحرب، مما يكون غالبُ الرأي فيه أنه للمشركين، فإن هذا غنيمة كسائر الغنائم، لأن بهذه السمة لا يثبت استحقاق شيء في الحكم، فوجودها كعدمها، فيحتمل أن يكون المشركون فعلوا ذلك ليلبسوا على المسلمين إذا خرج بعضهم إلى المعسكر عينًا يتجسس أخبار المسلمين، والمحتمل لا يكون حجة»[1].

والحاصل مما تقدم بيانه أن السيمياء والعلامة حجة في الأحكام الشرعية التي لا سبيل إلى بنائها على الحجج الظاهرة البينة الدالة على حقيقة الأمر - كما هو ظاهر من عبارة «فيما لا يوقف على حقيقته». الواردة في صيغة من صيغ القاعدة، ولا بد من إجراء الحكم الشرعي عليه، وخصوصًا فيما يحتاج فيه إلى فض النزاع، أو فيما مبناه على الاحتياط، والسيماء، وإن كانت دليلاً ظنيًا، فهي في مثل هذه النوازل حجة، ومن ثم تثبت بها الحقوق، وتترتب اعتمادًا عليها الواجبات، وتستحق بسببها العقوبات، وإلا فإن عدم اعتبارها يؤدي ضرورة إلى تعطيل الكثير من الأحكام، وتضييع العديد من حقوق ومصالح العباد، «فالإشهاد بخبر العوام -مثلاً- يوجب من العلم أكثر مما توجبه السيماء والعلامة»، ومع ذلك ثبت الاعتماد عليها شرعًا في الاستدلال على ما تخفى حقيقته وإن كانت لا تفيد العلم اليقيني: «لأن العوام منهم لا يتواطؤون على الكذب، والسيماء قد تختلف، ثم يحكم بالسيماء»[2]، بل إن هذا هو شأن غالب البينات والقرائن المعتبرة في الأحكام.

إن العمل بالسيماء، وإن كان مبناها على الظن، يمثل صورة من صور التيسير والتخفيف اللذين هما من سمات شريعتنا الغراء، قال المرداوي: «ومن

---

(١) شرح السير الكبير للسرخسي ٣/١٠٥٥.

(٢) انظر: شرح السير الكبير للسرخسي ٥/٢٢٢٠.

التخفيفات المطلقة... العمل بالظنون لمشقة الاطلاع على اليقين»[١].

ثم إن السيما قد تكون مرجحًا عند تعارض الأدلة والبينات في المسألة المراد إصدار الحكم الشرعي فيها، وهو ما وضحته قاعدة: «الشرع ورد بالترجيح بالعلامة في الجملة». وهذا دليل آخر على الاعتماد عليها في الأحكام الشرعية، يقول الكاساني إذا تنازع شخصان: «فإن ذكر أحدهما علامة في بدن اللقيط ولم يذكر الآخر، فوافقت دعوته العلامة، فصاحبها أولى لرجحان دعواه بالعلامة لأن الشرع ورد بالترجيح بالعلامة في الجملة»[٢].

والقاعدة التي بين أيدينا من القواعد ذات الانتشار الواسع في كتب الأحكام والنوازل حيث إنه يتعذر الوقوف - في الكثير من الوقائع والنوازل - على الحقيقة من خلال البينات والأدلة الواضحة اليقينية، فيلجأ إلى الاعتماد على السيما والعلامة.

أدلة القاعدة :

١- قال الله تعالى: ﴿تَعۡرِفُهُم بِسِيمَٰهُمۡ﴾ [البقرة: ٢٧٣]، قال الشيخ محمد علي بن حسين المالكي: «والدليل على جواز تحكيم السيماء قوله الله تعالى: ﴿تَعۡرِفُهُم بِسِيمَٰهُمۡ﴾، فدل على أن السيماء المراد بها حال يظهر على الشخص حتى إذا رأيناه ميتًا في دار الإسلام وعليه زي النصارى وهو غير مختون لا يدفن في مقابر المسلمين»[٣].

٢- قال الله تعالى: ﴿يُعۡرَفُ ٱلۡمُجۡرِمُونَ بِسِيمَٰهُمۡ﴾ [الرحمن: ٤١]، قال ابن

(١) التحبير شرح التحرير للمرداوي ٨/٣٨٥١.
(٢) بدائع الصنائع للكاساني ٦/٢٥٣.
(٣) انظر: تهذيب الفروق لمحمد علي المالكي. مطبوع بحاشية الفروق للقرافي ٤/١٦٨.

الهمام معلقًا على الآيتين السابقتين: «يعتبر بالسيما والزي لأنه حجة»[١].

٣- قال الله تعالى: ﴿وَجَآءُو عَلَىٰ قَمِيصِهِۦ بِدَمٖ كَذِبٖۚ﴾ [يوسف: ١٨]، قال عبد المنعم بن الفرس: «روي أن إخوة يوسف عليه الصلاة والسلام لما أتوا بقميص يوسف إلى أبيهم يعقوب، تأمله فلم ير فيه خرقًا ولا أثر ناب، فاستدل بذلك على كذبهم، وقال لهم: «متى كان الذئب حليمًا يأكل يوسف ولا يخرق قميصه»[٢]، وقال الإمام القرطبي في تفسيره: «قال علماؤنا رحمة الله عليهم: لما أرادوا أن يجعلوا الدم علامة على صدقهم، قرن الله بهذه العلامة علامة تعارضها، وهي سلامة القميص من التنييب[٣]، إذ لا يمكن افتراس الذئب ليوسف وهو لابس القميص ويسلم القميص من التخريق، ولما تأمل يعقوب عليه السلام القميص فلم يجد فيه خرقًا ولا أثرًا، استدل بذلك على كذبهم، وقال لهم: متى كان هذا الذئب حكيمًا يأكل يوسف ولا يخرق القميص!»[٤]، ثم قال: «استدل الفقهاء بهذه الآية في إعمال الأمارات في مسائل من الفقه كالقسامة[٥] وغيرها، وأجمعوا على أن يعقوب عليه السلام استدل على كذبهم بصحة القميص، وهكذا يجب على الناظر أن يلحظ الأمارات والعلامات إذا تعارضت، فما ترجَّح

---

(١) شرح فتح القدير لابن الهمام ٦/١١٤.

(٢) إدرار الشروق ٤/٢٣٨ لابن الشاط.

(٣) "نيَّبه تَنْيِيبًا: أثر فيه بنابه " مختار الصحاح لمحمد بن أبي بكر الرازي ص ٢٨٦.

(٤) تفسير القرطبي ٩/١٤٩.

(٥) عندما يستدل الفقهاء على حجية اللَّوْث، يعتمدون على العلامات والأمارات، وقد ورد في السنة الاعتماد عليها كما في حديث القسامة. واللوث في قول الإمام مالك: الأمر الذي ليس بالقوي كأن يقول بالغٌ حرٌ مسلمٌ: قتله فلان.انظر: التاج والإكليل للمواق ٦/٢٦٩.

منها قضى بجانب الترجيح، وهي قوة التهمة، ولا خلاف بالحكم بها»[١].

٤- قوله تعالى: ﴿فَلَمَّا رَءَا قَمِيصَهُۥ قُدَّ مِن دُبُرٍ قَالَ إِنَّهُۥ مِن كَيْدِكُنَّ إِنَّ كَيْدَكُنَّ عَظِيمٌ﴾ [يوسف: ٢٨]، قال ابن الفرس: «هذه الآية يحتج بها من العلماء من يرى الحكم بالأمارات والعلامات فيما لا يحضره البينات»[٢]، وقال الجصاص عقب الآية: «فاعتبر العلامة»[٣]، وقال الكاساني: «حكى الله تعالى عن الحكم بالعلامة عن الأمم السالفة في كتابه العزيز ولم يغيِّر عليهم، والحكيم إذا حكى عن منكر غيره. فصار الحكم بالعلامة شريعة لنا مبتدأة»[٤].

تطبيقات القاعدة:

١- إذا كان من لا يعلم اتجاه القبلة في قرية كبيرة فيها محاريب منصوبة إلى جهة واحدة، أو وجد محرابًا أو علامة للقبلة في طريق هي جادة للمسلمين، يجب عليه أن يتوجه إليها، ولا يجوز له الاجتهاد في الجهة، لأن هذه العلامات كاليقين[٥] والسيما والزي حجة.

٢- إذا أقبل أحد من المحاربين سالاً سيفه مادًا رمحه نحو المسلمين، فلما كان في موضع لا يكون ممتنعًا منهم نادى: الأمان فهو فيء[٦]؛ لأن سيماءه دالة على أنه جاء محاربًا. والسيما والزي حجة.

(١) تفسير القرطبي ١٥٠/٩.
(٢) إدرار الشروق لابن الشاط ٢٣٨/٤.
(٣) أحكام القرآن للجصاص ١٨١/٢، وانظر: تفسير الماوردي ٢٨/٣.
(٤) بدائع الصنائع للكاساني ١٩٩/٦.
(٥) انظر: مفاتيح الغيب للرازي ١٠٨/٤.
(٦) انظر: شرح السير الكبير للسرخسي ٢٩١/١-٢٩٢.

٣- إذا فتح المسلمون أرضًا فوجدوا فيها لقيطًا، فإذا كان عليه زي المسلمين يحكم بإسلامه، وإذا كان عليه زي الكفار، بأن كان في عنقه صليب أو عليه ثوب ديباج أو هو محروزُ وسطِ الرأس فالذي يسبق إلى وهم كل أحد أنه من أولاد الكفار فيحكم بكفره[١] لأن السيما والزي حجة[٢].

٤- إذا اختلط موتى المسلمين بموتى الكفار يعتبر الزي والعلامة للفصل بينهم، فمن كانت عليه علامة المسلمين صلى عليه المسلمون، ومن كانت عليه علامة الكفار ترك، فعند الاشتباه اعتبار الزي والعلامة أصل[٣].

٥- إذا رأي المسلمون ميتًا في دار الإسلام وعليه زي الكفار وهو غير مختون لا يدفن في مقابر المسلمين، ويقدم ذلك على حكم الدار في قول أكثر العلماء[٤].

٦- إن أعطى المسلم ذميًا من زكاته وقد أخبره أنه مسلم **أو عليه سيما المسلمين فأعطاه من زكاته؛ ثم علم أنه ذمي أجزأه ذلك** في قول أبي حنيفة ومحمد[٥] لأن السيما والزي حجة.

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي ٢١٥/١٠.

(٢) انظر: فتح القدير لابن الهمام ١١٤/٦، حاشية ابن عابدين ٢٧٣/٤.

(٣) انظر: دستور العلماء وجامع العلوم في اصطلاح الفنون لأحمدي نكري ١٨١/٢، والمبسوط للسرخسي ٢١٥/١٠.

(٤) وقد اختلف في المذهب إن وجد هذا المذكور مختونًا، ففي كتاب ابن حبيب أنه لا يصلى عليه لأن النصارى قد يختنون. انظر: تبصرة الحكام لابن فرحون ١٠١/٢، شرح النيل لأطفيش ٢٤٢/٢٩.

(٥) انظر: المبسوط للشيباني ٦/٣-٧- ٨.

٧- المسلمون إذا فتحوا أرضًا عنوة فوجدوا شيخًا عليه سيما المسلمين يعلم صبيانًا حوله القرآن ويزعم أنه مسلم فإنه يجب الأخذ بقوله[1]، لأن السيما والزي حجة.

د. رحال إسماعيل بالعادل

* * *

(١) المبسوط للسرخسي ٢١٥/١٠.

المجموعة الثانية: القواعد الفقهية الكبيرة

الزمرة الأولى: قواعد في عمومات الشريعة.

الزمرة الثانية: قواعد في التزاحم والترجيح.

الزمرة الثالثة: قواعد في التقديرات الشرعية

الزمرة الرابعة: قواعد في التابعية والمتبوعية.

الزمرة الخامسة: قواعد في الأصل والبدل.

الزمرة السادسة: قواعد في الطاعة والمعصية.

الزمرة السابعة: قواعد في عوارض الأهلية.

الزمرة الثامنة: قواعد في الجزاء.



المجموعة الثانية: القواعد الفقهية الكبيرة

الزمرة الأولى: قواعد في عمومات الشريعة



رقم القاعدة: ٣٣٢

نص القاعدة: لا حُكمَ لِلبَاطِلِ[1].

ومعها :

- لا حكم للعقد الباطل.
- الباطل لا يورث شبهة.

صيغ أخرى للقاعدة :[2]

١- الباطل لا حكم له[3].

---

(١) فتاوى قاضيخان ٤٥/٣.

(٢) وردت هذه القاعدة بصيغ كثيرة عند الفقهاء مما يدل على كثرة تداولهم لها ومن الصيغ التي لم ترد في المتن:

- الباطل لا حكم له أصلاً مرآة المجلة لمسعود أفندي ص١٤٤.
- الباطل لا يفيد شيئًا الإبهاج للسبكي ٧١/١.
- الباطل لا يترتب عليه الحكم مجمع الأنهر لداماد أفندي ٥٧٤/١، وإبراز الضمائر للأزميري ٦٦/١ ب.
- الحكم بالباطل باطل الفتاوى للأنقروي ٢٠٥/١.
- الحكم بالباطل محرم في كل ملة قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ٧١/٢.
- الباطل يجب إعدامه لا تقريره الفتاوى الخيرية لخير الدين الرملي ١٢٧/٢.
- الباطل لا يعود صحيحًا تبيين الحقائق للزيلعي ١٠٩/٥.
- الباطل باطل وإن استحسنه الناس الإحكام لابن حزم ١٩٦/٦.
- التصرف الباطل لا وجود له إلا من حيث الصورة بدائع الصنائع للكاساني ٢٤١/٤.

(٣) حاشية الشلبي على تبيين الحقائق ١٧١/٧.

٢- الباطل لا تأثير لحكمه[١].

٣- الباطل لا يلتفت إليه[٢].

٤- لا اعتبار بالباطل[٣].

٥- الباطل لا ينعَقد أصلاً[٤].

٦- الحكم بالباطل حرام[٥].

قواعد ذات علاقة :

١- المبني على الفاسد فاسد[٦]. (فرع).

٢- المعدوم شرعًا كالمعدوم حسًا[٧]. (أعم).

٣- الشرط الباطل لا يؤثر في العقد[٨]. (فرع).

٤- لا حكم للعقد الباطل[٩]. (فرع).

٥- الباطل لا يورث شبهة[١٠]. (فرع).

---

(١) البحر الزخار لأحمد المرتضى ٥/٤٥.
(٢) مواهب الجليل للحطاب ٦/٣٦١.
(٣) حاشية الشلبي ٧/١٥٤.
(٤) البناية للعيني ١١/٥٧٩، حاشية الشلبي ٧/١٥٠.
(٥) حاشية الجمل ٥/٣٤٩، ووردت عنده أيضًا بصيغة "الحكم بالباطل محرم" في نفس الجزء والصفحة.
(٦) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣/٤٨٣، حاشية الصاوي ٣/٦٤١، وجاء في شرح النيل: "ما بني على فاسد فهو فاسد"، شرح النيل لأطفيش ٦/٤٢، وانظرها في قسم القواعد الفقهية.
(٧) قواعد المقري ١/٣٣٣، إيضاح المسالك للونشريسي ص ١٣٨، وانظرها في قسم القواعد الفقهية.
(٨) نظرية التقعيد الفقهي للروكي ص ٦٣-١١٤، وانظر: قاعدة: "كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل" في قسم القواعد الفقهية.
(٩) شرح المجلة لسليم رستم ص ٣٨٩. ووردت بصيغة: العقد الباطل لا حكم له. البحر الزخار لأحمد المرتضى ٤/٢٢٥.
(١٠) تبيين الحقائق للزيلعي ٦/١٥٧، البحر الرائق لابن نجيم ٨/٤٢٤، وانظرها في قسم القواعد الفقهية.

٦- الباطل لا يتوصل به إلى حل ما حرم[١]. (فرع).

٧- البيع الباطل لا تلحقه الإجازة[٢]. (فرع).

شرح القاعدة:

الباطل بمعناه العام هو غير الثابت أصلاً، أو الساقط بعد الثبوت. وعكسه الحق، فهو الثابت اللازم. والفقهاء يستعملون لفظ «الباطل» في مجال العقود والعبادات، فالعقد الباطل عندهم[٣] هو الذي لا تترتب عليه آثاره لاختلال في أركانه أو شروطه، وعكسه العقد الصحيح وهو الذي استجمع كامل أركانه وشروطه، ومثل ذلك العبادة، إذا اختل شيء من فرائضها أو شرط من شرائط صحتها فهي باطلة. وإذا استجمعت كل فرائضها وشرائطها فهي صحيحة.

ومعنى القاعدة: أن ما كان باطلاً من التصرفات والعقود والالتزامات وغيرها، لا أثر له، ولا التفات إليه، ولا يثبت له حكم، فوجوده كالعدم فمن عقد على امرأة لا تحل له، أو تزوجها في عدتها من غيره، فعقده عليها باطل لا ينبني عليه شيء من آثار الزواج كدخولها في عصمته، وحلية الاستمتاع. ومن باع لغيره شيئًا لا يحل تملكه، فبيعه باطل لا يحصل به تملك ولا تمليك. ومن أنشأ حجًا في غير أشهره المعلومات[٤]. فعمله باطل لا عبرة به. وهكذا كل تصرف قولي أو فعلي في العبادات أو المعاملات أنشأه صاحبه على وجه باطل فإنه لا يعتد به، ويكون وجوده كعدمه.

---

(١) الفتاوى لأحمد الخليلي ٥/٢٣٣.

(٢) زواهر الجواهر للتمرتاشي «الابن» ١/٥٢ ب.

(٣) اشتهر علماء الحنفية بالتفريق بين العقد الباطل والعقد الفاسد، فالأول ما اختل في أصله، كعقد البيع على محل محرم كالخنزير، والثاني ما اختل في وصفه كالعقد على مباحٍ بعوض محرم. والجمهور لم يفرقوا بينهما، فكل باطل فاسد عندهم.

(٤) المقصود أنه أدى المناسك ـ من وقوف ومبيت ورمي... ـ في غير أشهر الحج، لا مجرد أنه أحرم في غير أشهر الحج.

والقاعدة تدل على عدل الشريعة ونفيها الظلم بين الناس، لأن نفي الباطل وعدم بناء الحكم عليه حق وعدل، وعكسه ظلم، وأحكام الشريعة كلها قائمة على إحقاق الحق وإثباته، وإبطال الباطل ونفيه.

وقد تنوعت ألفاظ الفقهاء في التعبير عن موضوع القاعدة وتقرير بساطها، فعبر بعضهم بنفي الحكم عن الباطل، وعبر بعضهم بنفي الاعتبار، وبعضهم بنفي التأثير، وبعضهم بنفي الالتفات إليه، وبعضهم بنفي انعقاده وغير ذلك مما يدل على أن الباطل لا حجية له أبدًا، ولا شرعية له إطلاقًا، ومن ثم فلا يجوز إيجاده وإنشاؤه بحال، فإن أنشأه أحد وأوقعه في تصرف أو غيره، كان وجوده صوريًا لا غير، ولذلك جاء التنبيه على هذا الوجود الصوري في بعض صيغ القاعدة بلفظ: «التصرف الباطل لا وجود له إلا من حيث الصورة»[1] وبما أنه قد يوجد صوريًا فقد جاء التنبيه على موقف الشرع من هذا الوجود الصوري للباطل في بعض صيغ القاعدة أيضًا بلفظ: «الباطل يجب إعدامه لا تقريره»[2]، وهذا ما تؤكده قاعدة أخرى ذات علاقة بهذه، وهي: «المعدوم شرعًا كالمعدوم حسًا»[3]، فما كان معدومًا في نظر الشرع وتقديره وحكمه المدلول عليه بالنهي عنه، فهو كالمعدوم حسًا وواقعًا، وكذلك الباطل، فهو معدوم شرعًا وإن وجدت صورته في الواقع، فوجوده وعدمه سواء. وقد ذكر العز بن عبد السلام اتفاق الشرائع والملل على تحريم الحكم به[4] وهذا هو مقتضى العقول الراشدة والفطر السليمة. ومن ثم فلا يجوز للاجتهاد الفقهي المعاصر أن يتكئ على التأويلات البعيدة والتحليلات الجامحة، لإضفاء الشرعية على أي تصرف أو

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني ٤/ ٢٤١.
(٢) الفتاوى الخيرية لخير الدين الرملي ٢/ ١٢٧.
(٣) قواعد المقري ١/ ٣٣٣، إيضاح المسالك للونشريسي ص ١٣٨.
(٤) قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ٢/ ٧١.

تعامل باطل لأن الباطل باطل وإن استحسنه الناس كما ذكر ابن حزم[١].

والقاعدة كلية كبيرة تشمل جل فروع الشريعة في العبادات والمعاملات وغيرهما. وهي محل اتفاق بين الفقهاء على اختلاف مذاهبهم، فلم ينقل عن أحد من الفقهاء أنه بنى حكمًا شرعيًا على باطل، فإلغاء الباطل وعدم اعتباره والالتفات إليه أمر مجمع عليه، ولا خلاف فيه إلا أن يكون من جهة النظر إلى ما وُصِفَ بأنه باطل هل هو كذلك أم لا؟ بمعنى أن الشيء الموصوف بأنه باطل قد يكون باطلاً عند بعض الفقهاء دون بعض، وحينئذ يكون ذلك الشيء لا حكم له عند من اعتبره باطلاً، وله حكم عند من لم يعتبره باطلاً لأن الحكم على الشيء فرع عن تصوره، كبيع العينة مثلاً، فهو صحيح عند الشافعية باطل عند غيرهم.

أدلة القاعدة :

١- قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلْبَٰطِلَ كَانَ زَهُوقًا﴾ [الإسراء: ٨١].

٢- قوله تعالى: ﴿وَمَا يُبْدِئُ ٱلْبَٰطِلُ وَمَا يُعِيدُ﴾ [سبأ: ٤٩].

٣- قوله تعالى: ﴿لِيُحِقَّ ٱلْحَقَّ وَيُبْطِلَ ٱلْبَٰطِلَ وَلَوْ كَرِهَ ٱلْمُجْرِمُونَ﴾[الأنفال: ٨].

فواضح من هذه الآيات أن الباطل زاهق هالك لا أثر له ولا اعتداد به في الشرع. وهذا عام في الاعتقادات والتصورات، والعقود والتصرفات والالتزامات والتعهدات وغيرها مما ترتبط فيه الأسباب بالمسببات. فلا قيمة لشيء من ذلك إذا جيء به على وجه الباطل. ومثل ما دلت عليه هذه الآيات تدل عليه آيات أخرى كثيرة.

---

(١) الإحكام لابن حزم ١٩٦/٦.

٤- إجماع الفقهاء على أن الباطل لا حكم له[١] وكذا إجماع الشرائع والملل على ذلك[٢].

تطبيقات القاعدة :

أولاً : تطبيقات هي أحكام جزئية :

١- لو شهدت بينة أمام القاضي بثبوت الملك لشخص، وكان القاضي يعلم عدم ثبوته له، ثم تبين له بعد التحري كذب الشهود، لم يجز له أن يبني الحكم على شهادتهم لأنها باطلة، والباطل لا حكم له. ومثل ذلك لو شهدت بثبوت الزواج بين رجل وامرأة يعلم القاضي عكس ذلك وأن المرأة بائنة من الرجل، فيجب أن لا يحكم بخلاف علمه، وإلا كان قد حكم بناءً على باطل[٣].

٢- إذا وقع الرهن باطلاً ثم هلك، فإنه يهلك أمانة لا ضمانًا لأن الباطل لا حكم له[٤].

٣- القضاء المخالف للكتاب والسنة والإجماع يقع باطلاً، ولا ينفذ بتنفيذ قاضٍ آخر ولو رفع إلى حاكم ونفذه، لأن الباطل لا يعود صحيحًا بالتنفيذ[٥] إذ لا حكم للباطل.

٤- الراشي الذي يسلب حق غيره ظلمًا وعدوانًا عن طريق الرشوة، لا يستحقه شرعًا ولو وُجدت صورته في الواقع لأن وسيلة تملكه باطلة،

---

(١) انظر: السيل الجرار للشوكاني ٤/٩٨.

(٢) انظر: قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ٢/٧١.

(٣) انظر: حاشية الجمل ٥/٣٤٩، وإعانة الطالبين للبكري ٤/٣٨٦.

(٤) حاشية الشلبي ٧/١٧١.

(٥) تبيين الحقائق للزيلعي ٥/١٠٩، وانظر: ربوات القرض لحسين توفيق ٢/٣٩١.

ولا حكم للباطل، وذكر أحمد المرتضى من الزيدية أن الراشي إن طلب حقًا مختلفًا فيه فكالباطل في التحريم إذ لا تأثير له[١].

٥- إذا قال الموصي - بعد صدور الوصية منه - اشهدوا أني لم أوص، لم يكن ذلك رجوعًا، بل هو أمرٌ بالشهادة الباطلة، ولا حكم للباطل[٢].

٦- الآثار المترتبة على العدوان من غصب الأرض وأخذ المال وحيازة الممتلكات وغير ذلك لا يجوز إقرارها والاعتراف بها، لأن ذلك باطل، والباطل لا حكم له[٣].

٧- لا يجوز للحاكم المسلم أن يعقد مع العدو صلحًا على جزءٍ من ديار الإسلام وتثبيت العدو عليها، فإن صالحه على ذلك كان صلحه باطلاً غير ملزم للمسلمين، لأن الباطل لا حكم له[٤].

٨- تنفيذ حكم الأجنبي مشروط بضرورة صدوره عن قاضٍ عدلٍ مستندٍ إلى تأويل صحيح، وإلا لم يجز تنفيذه لأنه حكم بالباطل، والحكم بالباطل لا يجوز تنفيذه في الشريعة الإسلامية[٥].

٩- إذا قضى المحَكَّمُ فيما لا يجوز فيه التحكيم، فإن قضاءه لا ينفذ لأنه باطل والباطل لا حكم له[٦].

---

(١) انظر: البحر الزخار لأحمد المرتضى ٥/٥٤.
(٢) فتاوى قاضيخان ٣/٤٥.
(٣) انظر: الإعلام لأبي الوفا ١٠/٦٢.
(٤) انظر: الإعلام لأبي الوفا ٩/٦١-٦٢.
(٥) انظر: الإعلام لأبي الوفا ٢/١٠٧.
(٦) انظر: الإعلام لأبي الوفا ٩/١٥٠.

١٠- العدو الصهيوني لا حق له في أي شبر من أرض فلسطين، لأن وجوده فيها هو على وجه الاحتلال، ووضع يده عليها هو على وجه الغصب والعدوان، وكل ذلك باطل، والباطل لا حكم له ولا أثر له ولا يلتفت إليه.

ثانيًا: تطبيقات هي قواعد فقهية متفرعة:

التطبيق الأول من القواعد:

٣٣٣ـ نص القاعدة: لا حُكْمَ لِلعَقْدِ الباطِلِ[١].

ومن صيغها:

- العقد الباطل لا حكم له[٢].
- الباطل من العقود لا يفيد الملك[٣].

شرح القاعدة:

ومعنى القاعدة: أن العقد الباطل باختلال أحد أركانه أو شروطه، لا أثر له ولا ينبني عليه حكم، فلا يقع به تملك وتمليك، ولا تسلم وتسليم ولا غير ذلك من آثار العقد، لأنه باطل، والباطل لا حكم له؛ فإذا أبرم شخصان عقد بيع على معدوم أو مجهول أو على شيء غير منتفع به، أو معجوز عن تسليمه، كان عقدهما في كل ذلك باطلاً، لا يترتب عليه شيء من آثار البيع.

وهذه القاعدة في صيغها الأربع المذكورة التي وُصف العقد فيها بالباطل لا اختلاف فيها بين الفقهاء حتى الحنفية الذين يفرقون بين العقد الباطل

---

(١) شرح المجلة لسليم رستم ص ٣٨٩.

(٢) البحر الزخار لأحمد المرتضى ٤/٢٢٥.

(٣) نتائج الأفكار لقاضي زاده أفندي ١/٤٢٧.

والفاسد، لأن الباطل عندهم لا تأثير له ولا عبرة به خلافًا للفاسد، أما الجمهور فالعقد الباطل والفاسد عندهم سواء، كلاهما لا أثر له ولا عبرة به ولا ينبني عليه شيء.

ومن تطبيقاتها:

١- بيع المحرمات كالخنزير باطل لا ينشأ عنه أثر، فلا يحل للبائع تملك الثمن، ولا يحل للمشتري تملك المبيع، لأن العقد الباطل لا حكم له، ومثل بيع المحرمات بيعُ النجاسات إلا ما استثني للضرورة، وهكذا بيع المعدوم، والمجهول وغير ذلك من البيوع الباطلة، حتى قرر الفقهاء ضابطًا لذلك فقالوا: «البيع الباطل لا يفيد الحكم أصلاً»(١).

٢- إذا عقد مسلمان أو أكثر شركة تجارية ذات موضوع محرم شرعًا كشركة الخمور مثلاً، كانت شركتهم باطلة، فجميع تصرفاتهم فيها لا أثر لها، ولا تحِل لهم أرباحها، ولا تجزئ أموالها في حج ولا صدقة ولا كفارة ولا غير ذلك من العبادات المالية، لأن العقد الباطل لا حكم له.

٣- لا يجوز للمسلمة أن تتزوج بكافر، فإذا تزوجها كان زواجها باطلاً لا عبرة به ولا أثر له في ثبوت الزوجية، لأن العقد الباطل لا حكم له.

٤- إذا أجّر الصغير غير المميز دارًا له، فلا عبرة بهذه الإجارة ولا أثر لها شرعًا، لأنها باطلة لفقدان شرط الانعقاد وهو التمييز، فهذه الإجارة تنعقد باطلة، والعقد الباطل لا حكم له(٢).

---

(١) شرح المجلة لسليم رستم ص٢٠٧.

(٢) انظر: في حكم تصرفات الصبي قاعدة: "قول الصبي لا حكم له " من قواعد المعلمة.

التطبيق الثاني من القواعد :

٣٣٤- نص القاعدة: الباطِلُ لا يُورِثُ شُبْهَةً[١]:

شرح القاعدة :

الشبهة هنا: ما يجعل التصرف دائرًا بين المنع والجواز، والثبوت وعدمه، ويسمى مشتبهًا لحصول الاشتباه والالتباس فيه من جهة إلحاقه بواحد مما هو دائر بينهما. والأصل في الشبهة أنها غير معتبرة إلا فيما بناه الشرع على الاحتياط كالدماء والفروج والعبادات وغيرها مما يدخل في مجال الحُرُمات، فالشبهة في ذلك معتبرة مؤثرة، فلو حفت بحد من الحدود مثلاً لجعلته مندرئًا بها. وما سوى ذلك مما لم يبنه الشرع على الاحتياط لا تؤثر فيه الشبهة.

والمقصود بالشبهة المذكورة في القاعدة: الشبهة المؤثرة المعتبرة، أي: أن الباطل لا يورث شبهة معتبرة. أما غير المعتبرة فهي ساقطة أصلاً، وعدم اعتبارها حاصل في جميع الأحوال.

ومعنى القاعدة - إذًا: أن الباطل لا يمكن أن ينتج عنه شبهة مؤثرة، فأي تصرف أو عقد أو التزام أُنشئ على وجه الباطل، لا يكون له اعتبار ولا أثر ولا اعتداد حتى ولو مجرد شبهة يمكن مراعاتها في نطاق الاحتياط الشرعي، فالباطل لا يفضي إلى شيء من ذلك أبدًا، وهذا داخل في عموم كون الباطل لا حكم له. فكما أن الباطل لا ينتج حكمًا ولا أثرًا - كما هو منطوق القاعدة الأم، كذلك لا يُحدث شبهة مؤثرة كما هو منطوق هذه القاعدة المتفرعة.

(١) تبيين الحقائق للزيلعي ١٥٧/٦، البحر الرائق لابن نجيم ٤٢٤/٨.

ومن تطبيقاتها :

١- من غصب أرضًا، لم يكن مالكًا لها شرعًا، لأن الغصب باطل، فلا يمكن أن يجعل وضع يد الغاصب وتصرفه في المغصوب شبهة لملكية الأرض، لأن الباطل لا يورث شبهة[١].

٢- من تزوج بامرأة معتدة من غيره، كان عقده عليها باطلاً، فلا يجوز له وطؤها بدعوى شبهة العقد، لأن الباطل لا يورث شبهة.

٣- لو وطئ مطلقته ثلاثًا في عدتها مع العلم بحرمتها عليه فإنه لا يصير شبهة في درء الحد؛ لأن الباطل لا يورث شبهة[٢].

٤- إذا استأجر دارًا للسكنى، ثم أراد بعد عشر سنين أو أكثر أن يفوتها لغيره من غير رضا المالك وإذنه، بدعوى وشبهة تقادم الإيجار، فلا يجوز له ذلك، لأنه بذلك يتصرف في ملك غيره، وهو باطل، والباطل لا يورث شبهة.

د. محمد الروكي

* * *

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة ٥/٣٧٨ حيث ذكر مسألة غصب الأرض وما يتعلق بها من تفاصيل.

(٢) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٦/١٥٧، البحر الرائق لابن نجيم ٨/٤٢٤.



رقم القاعدة: ٣٣٥

نص القاعدة: الحُكْمُ يَنْبَنِي عَلَى الظَّاهِرِ ما لم يَتَبَيَّنْ خِلافُه[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- البناء على الظاهر واجب فيما لا يوقف على حقيقته[٢].

٢- البناء على الظاهر واستصحاب الحال أصل ما لم يعلم خلافه[٣].

٣- البناء على الظاهر فيما يتعذر الوقوف على حقيقته جائز[٤].

٤- أحكام الدنيا على الظاهر[٥].

٥- نحن نحكم بالظاهر، والله يتولى السرائر[٦].

٦- مدار الأحكام على الظاهر[٧].

---

(١) المبسوط للسرخسي١٤١/١٣. وانظر أيضًا: ٢١٥/١٠، حاشية ابن عابدين ١٣٠/٢، شرح النووي على صحيح مسلم ١٣٧/١٥.

(٢) المبسوط للسرخسي ٣٥/١١. وانظر أيضًا: ١٥٢/٧، ١٥٨، ٩٢/١٠.

(٣) المبسوط ١٦/١٦.

(٤) المبسوط ٢٩٢/١، ٢١٤/١٠، ٢١٥، شرح السير الكبير للسرخسي ١٩٣٩/٥، ١٩٤٣، ١٩٤٦، حاشية ابن عابدين ١٣٥/٤.

(٥) التمهيد لابن عبد البر ١٦٦/٥، ١٥٧/١٠، تفسير القرطبي ٢٠٣/١٢، فتح الباري لابن حجر ٢٧٣/١٢.

(٦) المعيار المعرب للونشريسي ١٠٥/٢، النوازل للوزاني ١٠١/٣. وانظر أيضًا: شرح النووي على صحيح مسلم ١٠٠/١٧، التحبير شرح التحرير للمرداوي ٣٧٩٢/٨.

(٧) فتح الباري لابن حجر ٣٧٦/٥، سبل السلام للصنعاني١٠٧/٣.

٧- دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه[١].

قواعد ذات علاقة :

١- التكليف بحسب الوسع[٢]. (أعم).

٢- العقود الجارية بين المسلمين محمولة على الصحة ظاهرًا إلى أن يتبين خلافه[٣]. (أخص).

٣- اليد دليل الملك[٤]. (أخص).

٤- الظاهر يعتبر إذا لم يكن فيه إلزام الغير[٥]. (قيد).

٥- الظاهر يسقط اعتباره إذا تبين الحال بخلافه[٦]. (قيد).

٦- الظاهر حجة في دفع الاستحقاق لا في إثباته[٧]. (تكامل).

---

(١) ترتيب اللآلي لناظر زاده ٢/٧٠٤، شرح الخاتمة للخادمي ص ٤٣، المجلة، المادة ٦٨، درر الحكام لعلي حيدر ١/٦٠، شرح المجلة للأتاسي ١/١٨٥، قواعد الفقه للمجددي ص ٨١، شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٣٤٥، المدخل الفقهي العام لمصطفى الزرقا ٢/١٠٥٢، قواعد الفقه للندوي ص ٤٠٧، موسوعة القواعد والضوابط الفقهية له أيضًا ١/٥٠٤، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو ٥/٣٥٦.

تنبيه : هذه الصيغة تبدو لأول وهلة كأنها قاعدة مستقلة تختلف عن القاعدة التي بين أيدينا، لكن بعد النظر والتأمل في معنى القاعدتين وأدلتهما وتطبيقاتهما ظهر – والله أعلم - أن مؤداهما واحد، ومما يؤكد ذلك شرح المجلة العدلية لها: "دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه، يعني أنه يحكم بالظاهر فيما يتعسر الاطلاع على حقيقتـــه"، وانظر أيضًا: موسوعة القواعد والضوابط الفقهية ١/٣٨٩.

(٢) المبسوط للسرخسي ١/١٢٢، الهداية للمرغيناني ٤/٢٦، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٣) المنثور للزركشي ٢/٤١٢، وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "الأصل حمل العقود على الصحة".

(٤) فتاوى قاضيخان ٣/٤١٦، الذخيرة للقرافي ٦/٢٥٠، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٥) حاشية الشلبي ٧/٢٩٢.

(٦) المبسوط ١٠/١٩٢.

(٧) المبسوط ٢٥/٧١، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

شرح القاعدة:

الظاهر اسم الفاعل من: ظَهَر، وهي تأتي في اللغة بمعانٍ، والمراد منها هنا: خلاف الباطن، وهو الشيء البادي والبيِّن، يقال: ظهر الشيءُ ظهورًا: أي تبين[١].

والظاهر في اصطلاح الأصوليين: «هو اسم لكلام ظهر المراد منه للسامع بنفس الصيغة ويكون محتملاً للتأويل والتخصيص»[٢]، وهو قسيم للنص - على الأشهر – عندهم[٣].

أما الظاهر عند الفقهاء – وهو المراد في هذه القاعدة: فهو ما يترجح ويغلب في الظن وقوعه[٤]، وهو قسيم عندهم لـ «الأصل» – أي: القاعدة المستقرة، واستصحاب ما كان - وهو يساوي الأغلب، والراجح[٥]، لكنهم يسمون الظاهر في بعض المواضع أصلاً[٦].

ومعنى القاعدة: أن بناء الأحكام في الدنيا على الراجح من المعاني، أو الأمور الظاهرة، واجب لا يجوز العدول عنه والبناء على خلافه، إلا إذا ترجح ما يخالفه بدليل أقوى منه.

والظاهر الذي مستنده العرف أو القرائن، أو غلبة الظن، في نظر الفقهاء نوعان:

١ – الظاهر الضعيف، وهو الذي لم يصل في الظهور إلى درجة يطرح معها احتمال خلافه، ويدخل فيه الأصل، ودلالة الحال.

---

(١) انظر: لسان العرب لابن منظور، مختار الصحاح للرازي، مادة "ظ هـ ر".
(٢) التعريفات للجرجاني ص ١٨٥.
(٣) انظر: المستصفى للغزالي ص١٩٦، الإحكام للآمدي ٥٨/٣.
(٤) انظر: المنثور للزركشي ٣١٢/١.
(٥) انظر: المصدر السابق، فتح القدير لابن الهمام ٣٥٢/٦، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو ٢٧٧/١.
(٦) انظر: فتح القدير لابن الهمام ٢٧٣/٣، المدخل الفقهي العام للزرقا ١٠٦٤/٢.

٢ - والظاهر القوي، الذي وصل في الظهور إلى درجة يطرح معها احتمال خلافه، وهذا يكون مستنده إلى أدلة وقرائن قوية لا يلتفت معها إلى ما يخالفه، حتى إن الشهادة - التي يعتبر الشرع ما يثبت بها كأنه ثابت بالعيان - لا تقبل لإثبات خلافه، مثال ذلك:

أن يدعي الوصي -مثلاً- أنه أنفق على الصغير في مدة يسيرة مبلغًا عظيمًا من المال يكذبه فيه الظاهر، لا يصدق في ذلك، ولا تقبل له بينة عليه، إلا أن يبين سببًا معقولاً، كسرقة أو حريق ونحوه.

وكذا لو ادعى رجل فقير معروف بالفاقة والعُدم على أحد الأغنياء مالاً جسيمًا لا يعرف أنه أصاب في حياته ما يقرب منه، فإنه لا تسمع دعواه، ولا يلتفت إلى بينته[1]؛ لأن من شروط صحة الدعوى أن لا يكذبها الظاهر، وكل دعوى يكذِّبها ظاهر الحس أو ظاهر العرف فإنها غير مقبولة[2].

والبناء على الظاهر في أحكام الدنيا - وبخاصة في الأمور الباطنة التي يتعسر الوقوف والاطلاع عليها - من أهم القواعد التي تشمل عامة أبواب الفقه، وقد اتفقت المذاهب الفقهية على اعتبارها والعمل بها، وهي تمثل جانبًا من جوانب أصل التيسير ورفع الحرج والمشقة في التشريع الإسلامي؛ قال العلامة التفتازاني: «لما كان التكليف بحسب الوسع، وليس في وسعنا الوقوف على الباطن، لم تعتبر الإرادة الباطنة في حَقِّنا، لا علمًا ولا عملاً، وأقيم الظاهر مقام الباطن تيسيرًا»[3].

---

(١) انظر: المدخل الفقهي العام ٢/١٠٧٢ - ١٠٧٣.

(٢) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٣/١٩٨، مواهب الجليل للحطاب ٦/٢٢٤، روضة الطالبين للنووي ٧/١٩٤، إعلام الموقعين لابن القيم ٣/٣٥.

(٣) شرح التلويح على التوضيح للتفتازاني ١/٧٣. وقد أشار إلى المعنى نفسه كثير من الفقهاء في مناسبات مختلفة، انظر: - مثلاً- المبسوط للسرخسي ٦/١٩٦، الهداية للمرغيناني ١/٣٧، موسوعة القواعد والضوابط الفقهية للندوي ١/٣٨٥.

ولما كانت هذه القاعدة من القواعد الكبيرة التي تمتد فروعها ومسائلها إلى جميع أبواب الفقه، تفرعت عنها قواعد أخرى خاصة بمجالات معينة، فتفرعت عنها في مجال العقود والمعاملات – مثلاً – قاعدة: «العقود الجارية بين المسلمين محمولة على الصحة ظاهرًا إلى أن يتبين خلافه»، وتفرعت عنها في مجال المنازعات والدعاوى والبينات ونحو ذلك، قاعدة: «اليد دليل الملك في الظاهر»، وهكذا.

لكن اعتبار الظاهر ليس على إطلاقه، بل هو مقيد بأمرين:

الأول: أن لا يتبين خلافه، ولا يعارضه ما هو أقوى منه، وعلى ذلك قالوا: «ما ثبت بالظاهر يجوز إبطاله بالإقرار»[(١)]، فالظاهر الضعيف يكون «غير منظور إليه عند ثبوت البينة بخلافه، أو إذا ثبت الحكم به منافيًا لمقصد من مقاصد الشارع، أو إذا تبين كونه مبنيًا على خطأ فاحش أو أساس غير سليم»[(٢)].

والأمر الثاني: أن لا يكون فيه إلزام للغير، ولذلك قال الفقهاء: إن الظاهر حجة لدفع الاستحقاق لا لإثباته.

والحكم إنما ينبني على الظاهر ما لم يعارضه أصل، فإن عارضه أصل ففي تقديم أحدهما على الآخر تفصيل وخلاف بين الفقهاء مذكوران في قاعدة «إذا تعارض أصل وظاهر أيهما يقدم؟» فحيثما قدم الأصل على الظاهر يكون ذلك بمثابة استثناء من هذه القاعدة.

---

(١) المهذب للشيرازي ١/٤٣٩.

(٢) موسوعة القواعد والضوابط الفقهية ١/٣٨٥.

أدلة القاعدة :

تدل على هذه القاعدة أدلة كثيرة، من أبرزها:

أولاً من القرآن الكريم :

١-جميع الآيات الدالة على قبول ظاهر الإسلام من المنافقين، ومعاملتهم معاملة المؤمنين في أحكام الدنيا، مع علم الله عزوجل وعلم رسول الله ﷺ بأنهم كاذبون في دعواهم للإيمان، منها:

قوله سبحانه وتعالى مخاطبًا رسوله ﷺ: ﴿إِذَا جَآءَكَ ٱلْمُنَٰفِقُونَ قَالُواْ نَشْهَدُ إِنَّكَ لَرَسُولُ ٱللَّهِۗ وَٱللَّهُ يَعْلَمُ إِنَّكَ لَرَسُولُهُۥ وَٱللَّهُ يَشْهَدُ إِنَّ ٱلْمُنَٰفِقِينَ لَكَٰذِبُونَ ۝١ ٱتَّخَذُوٓاْ أَيْمَٰنَهُمْ جُنَّةً فَصَدُّواْ عَن سَبِيلِ ٱللَّهِۚ إِنَّهُمْ سَآءَ مَا كَانُواْ يَعْمَلُونَ﴾ [المنافقون: ١ - ٢].

قال الإمام الشافعي، رحمه الله تعالى، مبينًا وجه الدلالة من هذه الآية على أن مبنى الأحكام على الظاهر: «إن رسول الله ﷺ أقر المنافقين يتناكحون ويتوارثون ويسهم لهم إذا حضروا القسمة ويحكم لهم بأحكام المسلمين، وقد أخبر الله تعالى ذكره عن كفرهم وأخبر رسولَ الله ﷺ أنهم اتخذوا أيمانهم جنة من القتل بإظهار الأيمان على الإيمان، فدل ذلك على أن الأحكام على الظاهر والله ولي المغيَّب، ومن حكم على الناس بتفرسه وظنه جعل لنفسه ما حظره الله تعالى عليه ورسوله ﷺ؛ لأن الله عز وجل إنما يولي الثواب والعقاب على المغيب؛ لأنه لا يعلمه إلا هو جل ثناؤه وكلف العباد أن يأخذوا من العباد بالظاهر»(١).

٢- قوله تعالى:﴿وَلَا تَجَسَّسُواْ﴾ [الحجرات: ١٢] أي خذوا بما ظهر لكم ودعوا ما ستره الله عزو جل(٢).

---

(١) انظر: الأم للشافعي ١/٢٥٩، ٤/١١٤، ٦/١٩٩، نيل الأوطار للشوكاني ١/٣٦٩.

(٢) انظر: المرجع السابق ٤/١١٤، أحكام القرآن للجصاص ٥/٢٨٩، تفسير القرطبي ١٦/٣٣٢.

ثانيًا : من السنة النبوية :

١ – قوله لأسامة بن زيد - رضي الله عنه، حينما قتل الرجل الذي قال لا إله إلا الله: «أقال لا إله إلا الله وقتلته؟» قال: قلت: يا رسول الله إنما قالها خوفًا من السلاح. قال: «أفلا شققت عن قلبه حتى تعلم أقالها أم لا..». الحديث[١].

وهذا الحديث من أقوى ما استدل به الفقهاء على أن مدار الأحكام في الدنيا على أسبابها الظاهرة دون الباطنة[٢]، وذلك لقوة ثبوته، وظهور دلالته على المسألة.

٢– قوله ﷺ: «إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إليَّ، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع منه، فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فلا يأخذه، فإنما أقطع له قطعة من النار»[٣].

هذا الحديث مثل سابقه قد استشهد به الأئمة على أن الأحكام تبنى على الظاهر، من ذلك قول الإمام النووي – رحمه الله تعالى – ضمن بيان فوائد هذا

---

(١) رواه البخاري ١٤٤/٥ (٤٢٦٩)، ٤/٩ (٦٨٧٢)، ومسلم ٩٦/١ (٩٦)/ (١٥٨)، واللفظ له، عن أسامة بن زيد رضي الله عنه. وهو جزء من الحديث الذي أوله: «عن أسامة بن زيد قال: بعثنا رسول الله ﷺ في سرية، فصبحنا الحرقات من جهينة فأدركت رجلاً، فقال: لا إله إلا الله، فطعنته، فوقع في نفسي من ذلك، فذكرته للنبي ﷺ، فقال رسول الله ﷺ: أقال لا إله إلا الله وقتلته؟ قال: قلت يا رسول الله، إنما قالها خوفًا من السلاح قال:...» الحديث.

(٢) انظر: معالم السنن للخطابي ٤٣٤/٣، صحيح مسلم بشرح النووي ١٠٤/٢، فتح الباري لابن رجب ١٩٥/١٢.

(٣) رواه البخـــاري في مواضع ١٣١/٣، ١٨٠ (٢٤٥٨) (٢٦٨٠)، ٢٥/٩، ٦٩، ٧٢، ٧٣ (٦٩٦٧) (٧١٦٩) (٧١٨١) (٧١٨٥)، ومسلم ١٣٣٧/٣ (١٧١٣)، ورمز له المزي (رقم ١٨٢٦١) ع، وهو جزء من الحديث الذي أوله: "أن رسول الله ﷺ سمع جلبة بباب حجرته فخرج إليهم فقال: إنما أنا بشر..." وقوله: "ألحن" قال ابن الأثير في النهاية ٢٤١/٤ اللحن: الميل عن جهة الاستقامة. يقال: لحن فلان في كلامه، إذا مال عن صحيح المنطق. وأراد: إن بعضكم يكون أعرف بالحجة وأفطن لها من غيره، ويقال: لحنت لفلان إذا قلت له قولا يفهمه ويخفى على غيره لأنك تميله بالتورية عن الواضح المفهوم، ومنه قالوا: لَحِنَ الرجل فهو لَحِنٌ، إذا فهم وفطن لما لا يفطن له غيره.

الحديث: فيه «أنه إنما يحكم بين الناس بالظاهر والله يتولى السرائر، فيحكم بالبينة وباليمين ونحو ذلك من أحكام الظاهر، مع إمكان كونه في الباطن خلاف ذلك، ولكنه إنما كُلِّف الحكم بالظاهر، وهذا نحو قوله ﷺ «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها وحسابهم على الله»[١]، وفي حديث المتلاعِنَيْن: «لولا الأيمان لكان لي ولها شأن»[٢]. ولو شاء الله تعالى لأطلعه ﷺ على باطن أمر الخصمين فحكم بيقين نفسه من غير حاجة إلى شهادة أو يمين، لكن لما أمر الله تعالى أمته باتباعه والاقتداء بأقواله وأفعاله وأحكامه، أجرى له حكمهم في عدم الاطلاع على باطن الأمور، ليكون حكم الأمة في ذلك حكمه، فأجرى الله تعالى أحكامه على الظاهر الذي يستوي فيه هو وغيره ليصح الاقتداء به وتطيب نفوس العباد للانقياد للأحكام الظاهرة من غير نظر إلى الباطن والله أعلم»[٣].

ثالثًا - الإجماع:

فقد حكى غير واحد من العلماء الإجماع على أن أحكام الدنيا على الظاهر والله يتولى السرائر[٤].

---

(١) رواه البخاري ١٠٥/٢ (١٣٩٩) و١٥/٩، ٩٣-٩٤(٦٩٢٤) (٧٢٨٤) (٧٢٨٥)، ومسلم ٥١/١- ٥٢ (٢٠)، والنسائي ٧٧/٧ (٣٩٧١)، والكبرى له ٤١١/٣ (٣٤١٩) واللفظ للنسائي، وكلهم عن أمير المؤمنين عمر بن الخطاب ﷺ، يُنظر تحفة الأشراف رقم (١٠٦٦٦).

(٢) رواه البخاري ١٠٠/٦-١٠١ (٤٧٤٧)، وأبو داود ١٠١/٣ (٢٢٥٠) واللفظ له، عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما، يُنظر تحفة الأشراف رقم (٦٢٢٥) وهو جزء من الحديث الذي أوله «عن ابن عباس أن هلال بن أمية قذف امرأته عند النبي ﷺ بشَريكِ بن سحماء... فقال النبي ﷺ: «أبصروها فإن جاءت به أكحل العينين، سابغ الاليتين، خدلج الساقين فهو لشريك بن سحماء». فجاءت به كذلك فقال النبي ﷺ...».

(٣) صحيح مسلم بشرح النووي ٥/١٢.

(٤) انظر: التمهيد لابن عبد البر١٥٧/١٠، تفسير القرطبي٢٠٣/١٢، فتح الباري لابن حجر ٢٧٣/١٢، نيل الأوطار للشوكاني ٦/٨.

تطبيقات القاعدة:

١ - لو أن حيوانًا بال في ماء كثير وتغير لونه، وشُكَّ في سبب تغيره: هل هو من البول أو من طول المكث أو نحو ذلك مما لا يتنجس به؟ حكم بتنجسه عملاً بالظاهر[١].

٢ - إن المشتري إذا اطلع على عيب قديم في المبيع، فداواه، أو عرضه للبيع - مثلاً - كان ذلك رضًا منه بالبيع؛ لأن دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه، فالظاهر أنه رضي بالمبيع معيبًا[٢].

٣ - إذا اختلف العاقدان في صحة العقد وفساده، فالقول قول مدعي الصحة، عملاً بالظاهر؛ لأن الظاهر من حال المسلم أنه لا يتعاطى عقدًا فاسدًا[٣].

٤ - «لو ادعى الراهن هلاك الرهن، فقال المرتهن: لم يهلك، فالقول قول المرتهن مع يمينه؛ لأن الرهن كان قائمًا، والأصل في الثابت بقاؤه، فالمرتهن يستصحب حالة القيام والراهن يدعي زوال تلك الحالة؛ والقول قول من يدعي الأصل؛ لأن الظاهر شاهد له...»[٤].

٥ - لو قطع شخص أصبع آخر، فداوى جرحه، ثم سقطت كفه، فقال المجروح: إنها تآكلت من الجرح، وقال الجاني: بل كان ذلك بسبب الدواء، صدق المجروح بيمينه؛ عملاً بالظاهر، إلا إن قال أهل الخبرة: إن سقوط الكف يمكن أن يكون بسبب الدواء، فيصدق الجارح بيمينه[٥].

---

(١) انظر: المجموع للنووي ١/٢٢٥، مغني المحتاج للخطيب الشربيني ١/١٩٢.

(٢) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٣٤٥.

(٣) انظر: المبدع لابن مفلح ٤/١١٤.

(٤) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٦/١٥٤.

(٥) انظر: مغني المحتاج ٤/٣٩.

٦ - إذا وجد ميت لا يُدرَى أمسلم هو أم كافر؟ فإن كان في قرية من قرى أهل الإسلام فالظاهر أنه مسلم فيغسل ويصلى عليه، وإن كان في قرية من قرى أهل الشرك فالظاهر أنه منهم، فلا يصلى عليه، إلا أن يكون عليه سيما المسلمين، فحينئذ يغسل ويصلى عليه[١].

٧ - إذا أقبل رجل من المحاربين أثناء المعركة، وقد وجه سلاحه نحو المسلمين، فلما قرب منهم استأمن فهو فيء؛ لأن البناء على الظاهر فيما يتعذر الوقوف على حقيقته جائز، ولو في إباحة الدم كما لو دخل بيته إنسان ليلاً، ولم يدر أنه سارق أو هارب، فلو كان عليه سيما اللصوص له قتله، وإلا فلا[٢].

٨ - إذا اختلف الزوجان في متاع البيت، فما يصلح للرجل عادة فهو للزوج، وما يصلح للمرأة عادة فهو للزوجة، عملاً بالظاهر المستند إلى هذه العادة[٣].

٩ - من صدق بما جاء به النبي ﷺ ومع ذلك سجد للشمس، كان غير مؤمن بالإجماع؛ لأن سجوده لها يدل بظاهره على أنه ليس بمصدق، ونحن نحكم بالظاهر، فلذلك حكمنا بعدم إيمانه؛ لأن عدم السجود لغير الله داخل في حقيقة الإيمان، حتى لو علم أنه لم يسجد لها على سبيل التعظيم واعتقاد الإلهية، بل سجد لها وقلبه مطمئن بالتصديق لم يحكم بكفره فيما بينه وبين الله، وإن أجري عليه حكم الكافر في الظاهر[٤].

---

(١) المبسوط للسرخسي ٢/٥٤.

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين ٤/١٣٥.

(٣) انظر: البحر الرائق لابن نجيم ٧/٢٢٧.

(٤) إعانة الطالبين للبكري ٤/٢١٩.

١٠ - ومن التطبيقات المهمة لهذه القاعدة - وبخاصة في العصر الحاضر: أن موظفي الإدارات الحكومية، ومتولي الأوقاف، ونحوهم ممن يعملون في الإدارات العامة، إذا ظهرت عليهم أمارات الغنى والثراء بعد توظيفهم، ولم يعرف لثرائهم مصدر، كان ذلك دليلاً على خيانتهم الباطنة، وارتشائهم، ما لم يثبتوا لأموالهم مصدرًا آخر[١].

استثناءات من القاعدة:

لو أدخلت المرأة حلمة ثديها في فم الرضيع، ولم يُدْرَ أَدَخَل اللبن في حلقه أم لا؟ فإنه لا يحرم النكاح؛ لأن الأصل عدم المانع الذي هو دخول اللبن؛ بناءً على القاعدة التي تقول إن الأصل في الصفات العارضة العدم[٢]، والله تعالى أعلم.

د. محمد خالد عبد الهادي هدايت

* * *

(١) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٣٤٧، المدخل الفقهي العام للزرقا ٢/١٠٥٣.

(٢) انظر: شرح القواعد الفقهية ص ١١٧، ١١٨، ٣٤٧.



رقم القاعدة: ٣٣٦

نص القاعدة: أُمُورُ الْمُسْلِمِينَ مَحْمُولَةٌ عَلى الصِّحَّةِ وَالسَّدَادِ مَا أَمْكَن[1] .

صيغ أخرى للقاعدة[2] :

١- تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما أمكن[3].

٢- الأصل في تصرف المسلمين: الصحة[4].

٣- مطلق كلام العاقل وتصرفه يحمل على وجه الصحة بقضية الأصل[5].

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني ٢١٧/٥، ووردت في: المبسوط للسرخسي ١٥٥/٥، ١٦٥ و٨٦/٧ بلفظ أخص: "فعـــل المسلـم محمول على الصحة والحل ما أمكن"، وفي شرح السير الكبير للسرخسي ١٥٥٥/٤، البناية للعيني ٧٦٨/٦ بلفظ: "مطلق فعل المسلم محمول على ما يحل شرعًا".

(٢) وردت هذه القاعدة بصيغ كثيرة تدل على كثرة تداولها عند الفقهاء، ومن صيغها التي لم نذكرها في المتن:

الأصل في أقوال المسلمين وأعمالهم الصحة، فلا يظن بهم خلاف ذلك إلا لأمارة ظاهرة "الفتاوى الكبرى" لابن تيمية ٢٧٤/٦.

القاعدة المشهورة: حمل تصرفات العقلاء على الصحة ما أمكن "الذخيرة للقرافي" ١٨٥/٧.

الظاهر من أمر المسلمين الصحة "التجريد للقدوري" ٦٥٤٠/١٢.

ظاهر أمور المسلمين محمول على الصحة "الفروق للكرابيسي" ١٠٧/٢.

الأمر إذا احتمل الصحة والفساد يحمل على الصحة "منح الجليل لعليش" ٢٧١/٩-٢٧٢.

(٣) الهداية للمرغيناني ١٤٨/٦، وفي الذخيرة للقرافي ٢٣٣/٧ بلفظ: "تصرفات العقلاء محمولة على الصحة"، وفيه أيضًا ٢٦/٥ بلفظ: "الأصل حمل تصرف العقلاء على الصحة"، وفي الغرة المنيفة للغزنوي ص ١٣٧ بلفظ: "الأصل في تصرفات العقلاء: الصحة".

(٤) الذخيرة للقرافي ٣٨٨/٥، الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية للعاملي ٥٤١/٣.

(٥) الفتاوى الهندية ٢٢١/٦، الفرائد البهية لمحمود حمزة الحسيني ص ١١٣.

٤- مهما أمكن تصحيح تصرف المسلم العاقل يرتكب[١].

٥- لا يجوز حمل أمر المسلم على الحرام ما أمكن[٢].

٦- يحمل الأمر على الصحة حتى يظهر موجب الفساد[٣].

٧- حمل أمور المسلمين على الصحة واجب[٤].

قواعد ذات علاقة:

١- البناء على الظاهر، واجب ما لم يعلم خلافه[٥]. (أصل).

٢- الأصل حمل العقود على الصحة[٦]. (أخص).

٣- كلام العاقل محمول على الصحة ما أمكن[٧]. (أخص).

٤- مطلق الإقرار بالعقد يتناول الصحيح من العقد[٨]. (أخص).

شرح القاعدة:

المراد بالأمور في القاعدة: التصرفات والأعمال، كما هو واضح من صيغها الأخرى.

---

(١) فتح القدير لابن الهمام ١٤٦/٧.

(٢) فتح القدير لابن الهمام ٣٧١/٨، حاشية الشلبي على تبيين الحقائق ٢٠/٥.

(٣) المعيار المعرب للونشريسي ٤٩٣/٦.

(٤) المبسوط للسرخسي ٨٥/١٧.

(٥) المبسوط ٨٦/١، وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "الحكم ينبني على الظاهر ما لم يتبين خلافه".

(٦) مجموع الفتاوى لابن تيمية ٤٦٦/٢٩.

(٧) المبسوط ٧١/٦ و٦٢/٧، وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "إعمال الكلام أولى من إهماله متى أمكن".

(٨) المبسوط ١٨٨/١١.

والتصرفات هي: «كل ما يصدر عن الشخص من قول أو فعل ويترتب عليه حكم شرعي»[١]، وعرفه الشيخ الزرقا بقوله: «كل ما يصدر عن شخص بإرادته، ويرتب عليه الشرع نتائج حقوقية»[٢].

ويتجلى من هذا التعريف أن التصرف يشمل الأقوال والأفعال، ولذلك عبر ابن تيمية عن القاعدة بقوله: «الأصل في أقوال المسلمين وأعمالهم: الصحة»[٣].

فأما التصرف الفعلي فهو: كإحراز المباحات، وقبض الدين، واستلام المبيع، وأما التصرف القولي فهو: كالبيع والشراء، والطلاق والدعوى والإقرار.

وتفيد هذه القاعدة أن الأصل في تصرفات الناس في شؤون حياتهم، ومعاملاتهم وما يكون فيها من عقود وشروط؛ أنها محمولة على الصحة والسداد، لا على البطلان والفساد،

فإذا صدر منهم فعل أو قول، ووقع الشك أو الاختلاف في صحته، أو تردد بين الصحة والفساد، ولا مرجح لأحد الأمرين، ووجد لذلك الفعل أو القول وجه صحيح حمل عليه، واعتبر تصرفه مستوفيًا لشروطه، خاليًا من موانع صحته، ولا يجوز حمله على غيره إلا أن يقوم دليل على ذلك؛ وذلك من باب حسن الظن بالمسلمين، فالمسلم يمنعه دينه من الحرام، فلا يحل لنفسه أن يبني معاملته على البطلان والفساد.

واعتبار هذه القاعدة مقيدٌ بما يلي:

أولاً: أن يكون التصرف مطلقًا عن مقتضي التحريم والتحليل؛ قال الإمام القرافي رحمه الله: «تصرفات المسلمين إذا أطلقت، ولم تقيد بما يقتضي حلها

---

(١) معجم المصطلحات المالية الاقتصادية لنزيه حماد ص ١٣٧.

(٢) المدخل الفقهي العام للزرقا ١/٣٧٩.

(٣) الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٦/٢٧٤.

ولا تحريمها؛ فإنها تنصرف للتصرفات المباحة دون المحرمة»[١]، وهذا ما نصت عليه إحدى الصيغ الأخرى للقاعدة: «مطلق كلام العاقل وتصرفه يحمل على وجه الصحة بقضية الأصل»[٢]، أما عند تحقق وجود المفسد؛ فلا يصح التصرف، ولا يعتد به.

ثانيًا: عدم غلبة الفساد؛ أما إذا فسدت ذمم الناس، وأصبح الناس لا يبالون بحدود الشرع، حتى غلب الحرام والفساد في تصرفاتهم، وأصبح معروفًا من حالهم، فيكون الفساد حينئذ هو الأصل؛ كما قال الولاتي: «الأصل صحة المعاملة، إلا أن يغلب الفساد فيكون هو الأصل حينئذ»[٣]؛ وذلك لأن «العبرة للغالب»[٤]، ويحكم بها حتى يثبت العكس؛ لأن «ما عرف ثبوته فالأصل بقاؤه ما لم يظهر خلافه»[٥]؛ وبناء على ذلك صرح الفقهاء بأن المتبايعين «إذا اختلفا في صحة العقد وفساده، فالقول قول مدعي الصحة مع يمينه، والبينة على مدعي الحرام، إلا أن يكون أهل ذلك البلد إنما معاملتهم على المكروه والحرام، فالقول قول مدعي ذلك مع يمينه؛ لأن استفاضة ذلك وشهرته في البلد كالبينة القاطعة والشهادة التامة، وعلى مدعي الحلال البينة»[٦].

ومما يلاحظ أن القاعدة نصت على حمل أمور المسلمين على الصحة، فهل المقصود من التنصيص على «المسلمين» التقييد والتخصيص أم أنه وصف خرج مخرج الغالب، ولا مفهوم له؟ والظاهر هو الثاني، فتصرفات الكفار فيما

---

(١) الفروق للقرافي ٢/١٩٥.

(٢) الفتاوى الهندية ٦/٢٢١، الفرائد البهية لمحمود حمزة الحسيني ص ١١٣.

(٣) الدليل الماهر للولاتي ص ٢٣٢.

(٤) بدائع الصنائع للكاساني ١/٥١، الهداية للمرغيناني مع العناية ٣/٤٥٢، تبيين الحقائق للزيلعي ٢/١٨٤، فتح القدير لابن الهمام ١/٤٦.

(٥) المبسوط للسرخسي ١٠/١٨٠، ٢٥/١١٧، ٢٩/١٤٩، شرح السير الكبير ٥/١٩٤٤.

(٦) تبصرة الحكام لابن فرحون ٢/٨٠.

بينهم محمولة على الصحة أيضًا ما لم يعلم فسادها، ما خلا التصرفات المتوقفة على نية التقرب؛ قال الزركشي: «ما أتوا به في حالة الكفر إن لم يتوقف على النية: صح؛ كالعقود والفسوخ، وإن توقف على نية التقرب لم يصح؛ كالعبادات»[١]، لكنهم «اختلفوا في أن أنكحة الكفار صحيحة أو فاسدة؟ على ثلاثة أقوال: أصحها: أنها صحيحة، والثاني: فاسدة، والثالث: إن اجتمعت شرائط المسلمين كانت صحيحة، وإلا ففاسدة»[٢]، والمشهور عند المالكية أن أنكحة الكفار فاسدة[٣]، إلا أن القرافي بعد مناقشته لهذا القول قال: «والحق الأبلج: القضاء على عقودهم بالصحة حتى يعلم فسادها؛ كالمسلمين»[٤].

أدلة القاعدة:

أولاً: من السنة النبوية:

ما روته عائشة رضي الله عنها أن قومًا قالوا: «يا رسول الله إن قومًا يأتوننا باللحم لا ندري أذكروا اسم الله عليه أم لا»، فقال رسول الله ﷺ: «سموا الله عليه وكلوه»[٥].

ووجه الدلالة: أن النبي ﷺ بنى أمرهم على الظاهر من حال المسلم، وهو أنه استوفى شروط الذبح، وأتى بالتسمية، فحكم بحل ذبائحهم، وصحة فعلهم، فدل ذلك على أن الصحة هي الأصل في أمور المسلمين؛ كما قال الجصاص: عند قوله ﷺ: «سموا وكلوا»: «الأصل أن أمور المسلمين محمولة

---

(١) المنثور للزركشي ٣/٩٩.

(٢) التمهيد في تخريج الفروع على الأصول للأسنوي ص ١٣٢.

(٣) انظر: أحكام القرآن لابن العربي ٤/١٥٨، شرح الخرشي على مختصر خليل ٣/٢٢٧.

(٤) الفروق للقرافي ٣/١٣٥.

(٥) رواه البخاري ٩/١١٩- ١٢٠ (٧٣٩٨)، ٣/٥٤ (٢٠٥٧)، ٧/٩٢ (٥٥٠٧) من حديث عائشة رضي الله عنه.

على الجواز والصحة، فلا تحمل على الفساد وما لا يجوز إلا بدلالة»[1]، وقال ابن مفلح: «فيه دليل على أن التصرفات والأفعال تحمل على الصحة إلى أن يقوم دليل الفساد»[2].

ثانيًا: الإجماع:

وقد صرح بذلك ابن الهمام فقال: «من الأصول الإجماعية: أنه مهما أمكن تصحيح تصرف المسلم العاقل يرتكب»[3].

ثالثًا: من المعقول:

١- لأن الأصل في الأشياء والعادات الإباحة وعدم التحريم، فيستصحب عدم التحريم فيها حتى يدل دليل صريح على التحريم[4].

٢- لأن حسن الظن بالمسلم واجب؛ لأن دينه وعقله يمنعه من الحرام، فلا يجوز إساءة الظن بالمسلم إذا فعل فعلاً أو قال قولاً، ونحن نجد لفعله أو كلامه وجهًا شرعيًا صحيحًا نحمله عليه[5].

٣- قاعدة «البناء على الظاهر، واجب ما لم يعلم خلافه»[6]، وأدلتها؛ إذ الحكم على التصرفات بالصحة مبني على اعتبار ظاهر الحال[7].

---

(١) انظر: أحكام القرآن للجصاص ١٢/٣.

(٢) الآداب الشرعية لابن مفلح ١٦٥/١.

(٣) فتح القدير لابن الهمام ١٤٦/٧ بتصرف يسير.

(٤) انظر: مجموع الفتاوى لابن تيمية ١٥٠/٢٩.

(٥) انظر: أحكام القرآن للجصاص ٤٤٨/٣، نيل الأوطار للشوكاني ١٥٩/٨، المبسوط للسرخسي ٨٦/٧، الذخيرة للقرافي ٥٣/٦.

(٦) المبسوط للسرخسي ٨٦/١.

(٧) انظر: القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير للندوي ص ٤٢٦ نقلاً عن: التحرير للحصيري ٨٧٩/٦، الفروق للقرافي ١٩٥/٢.

تطبيقات القاعدة :

١- لو صلى رجل في الصحراء إلى جهة من غير أن يشك في القبلة، ثم بعد الفراغ من الصلاة شك هل صلى إلى القبلة أو إلى غيرها، ولم يتبين من حاله شيء حتى ذهب عن ذلك الموضع: فصلاته جائزة؛ لأن فعل المسلم محمول على الصحة ما أمكن، فكل من قام لأداء الصلاة يجعل مستقبلاً للقبلة في أدائها باعتبار الظاهر، ويحمل أمره على الصحة حتى يتبين خلافه(١).

٢- إذا أقسم أحد باسم من الأسماء التي تطلق على الله تعالى وعلى غيره، كالحكيم والكريم والحليم والغني ونحو ذلك: انعقدت يمينه؛ لأن هذه الأسماء وإن كانت تطلق على الخلق أيضًا ولكن تعين الخالق مرادًا بدلالة القسم، إذ القسم بغير الله تعالى لا يجوز، فكان الظاهر أنه أراد به اسم الله تعالى؛ حملاً لكلام المسلمين وتصرفاتهم على الصحة(٢).

٣- لو تنازع رجلان في امرأة، كل واحد منهما يدعي أنه عقد بها أولاً، وهي في بيت أحدهما، وكان قد دخل بها، فهي امرأته؛ لأن فعل المسلم – وهو الدخول هنا – محمول على الصحة والحل ما أمكن، والإمكان ثابت هنا؛ بأن يجعل نكاح الذي دخل بها سابقًا؛ وهذا لأن تمكنه من الدخول بها، أو من نقلها إلى بيته دليل سبق عقده(٣).

٤- لو قالت المرأة لزوجها: تزوجتني بغير شهود، فالنكاح فاسد، وقال: بل بشهود، فالقول قوله؛ لأن أمور المسلمين محمولة على الصحة والسداد(٤).

---

(١) انظر: المبسوط ١٠/١٩٢، فتاوى قاضي خان ١/٧٥، الفتاوى الهندية ١/٦٤.
(٢) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٣/٦.
(٣) انظر: المبسوط ٥/١٥٥، فتح القدير لابن الهمام ٨/٢٤٨- ٢٤٩.
(٤) انظر: غمز عيون البصائر للحموي ٢/١١٥.

٥- إذا أهديت للقاضي هدية، وكانت ممن جرت عادته قبل القضاء بمهاداته، ولم تكن زائدة عن المعتاد، فلا بأس بأن يقبلها، ويحمل ذلك على المباسطة السابقة بينهما؛ حملاً لأمر المسلمين على السداد والصلاح بالقدر الممكن[١].

٦- إذا أتي الإنسان بلحم قد ذبحه غيره من المسلمين، ولم يعلم هل سمى عليه ذابحه أم لا؟ وهل ذكاه في الحلق واللبة، واستوفى شروط الذكاة أم لا؟ جاز له أن يأكل منه؛ لأن أمور المسلمين محمولة على الصحة والسداد[٢].

٧- إذا تصدق الرجل على ولده الصغير بدار، وأشهد ثم مات، فقال الكبار: كان ساكنًا فيها حتى مات، وقال الصغير: لم يسكن، فهي على الحوز حتى يثبت خلافه؛ لأن أصل التصرفات حملها على الصحة، ولأن ظاهر حال الأب في شفقته تحصيل مصلحة الولد[٣].

٨- إذا مات شخص فجاء رجل وادعى أنه وارث الميت لا وارث له غيره، وأقام بينة وشهدوا أن قاضي بلد كذا أشهدنا على حكمه: أن هذا وارث فلان الميت، لا وارث له غيره، وقالوا: لا ندري بأي سبب حكم؛ فالقاضي الثاني يجعله وارثًا؛ لأن حكم القاضي محمول على الصحة والسداد ما أمكن[٤].

محمد عمر شفيق الندوي

* * *

---

(١) انظر: الفتاوى الهندية ٣/ ٣٣٠، درر الحكام لعلي حيدر ٤/ ٥٨٩.

(٢) انظر: المنتقى للباجي ٣/ ١٠٥، الفتاوى الكبرى لابن تيمية٥/ ٧٠، إغاثة اللهفان لابن القيم١/ ١٨٠، شرح الزركشي على الخرقي ٣/ ٢٥٦.

(٣) الذخيرة للقرافي ٦/ ٢٤٦، وانظر: المدونة ٤/ ١٦٦.

(٤) انظر: معين الحكام للطرابلسي ص١٣٧.

رقم القاعدة: ٣٣٧

نص القاعدة: المَبْنِيُّ عَلَى الْفَاسِدِ فَاسِدٌ[(١)].

صيغ أخرى للقاعدة :

١ - البناء على الفاسد فاسد[(٢)].

٢ - المبني على الباطل باطل[(٣)].

٣- لا يصح البناء على ما بطل[(٤)].

قواعد ذات علاقة :

١- لا حكم للباطل[(٥)]. (أعم) .

٢ - التابع تابع[(٦)]. (عموم وخصوص وجهي)

٣ - البناء على المعدوم لا يجوز[(٧)]. (عموم وخصوص وجهي) .

---

(١) غمز عيون البصائر للحموي ١٥٩/٤، درر الحكام لعلي حيدر ٥٤/١ مادة ٥٢، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤٨٣/٣، حاشية بلغة السالك على الشرح الصغير للصاوي ٦٤١/٣، حاشية الجمل ١٣٦/٤.

(٢) الهداية للمرغيناني ٣٨٩/١، غمز عيون البصائر ١٦٠/٤.

(٣) درر الحكام لعلي حيدر ٦٣٢/٣.

(٤) شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ٩٦/٦.

(٥) حاشية ابن عابدين ٤٩٣/٦. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٦) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١١٧. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٧) حاشية الشلبي ٢٥/١.

٤ - إذا صح ما هو الأصل صح ما جعل بناء عليه[١]. (مكملة).

٥ - نظير الباطل باطل[٢]. (مشتركة).

٦ - كل عقد انعقد على باطل فهو باطل[٣]. (أخص).

٧ - إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه[٤]. (أخص).

٨- إذا وُجِد ما يبطل عقد البيع بطل ما يترتب عليه[٥]. (أخص).

شرح القاعدة :

الفاسد اسم فاعل من الثلاثي «فسد»، والفساد نقيض الصلاح، والمفسدة والاستفساد خلاف المصلحة والاستصلاح[٦].

ومعنى القاعدة أن ما ترتب على أمرٍ فاسدٍ من الأقوال والأفعال والعقود وسائر التصرفات فإنه يكون فاسدًا ويلحق بالعدم فلا يترتب عليه أثره اعتبارًا بأصله الذي بُني عليه؛ فلو أن إنسانًا اشترى خمرًا ووكّل غيره في استلامها، فإن الوكالة تقع فاسدة تبعًا لفساد الأصل الذي بنيت عليه وهو عقد البيع.

وقد خصّ علماء المذهب الحنفي الفساد في باب المعاملات بما شرع بأصله دون وصفه، وهو قسيم عندهم للباطل الذي لم يشرع بأصله ولا بوصفه[٧]، فالفاسد من المعقود ما كان منعقدًا بأصله لا بوصفه، أما الباطل فلا

---

(١) المبسوط للسرخسي ١٧٩/١٩.
(٢) إعلام الموقعين لابن قيم الجوزية ٢٠٥/١.
(٣) المحلى لابن حزم ١٠١/٨.
(٤) فتح القدير لابن الهمام ١٤٥/٨، حاشية ابن عابدين ٥٥٧/٤، غمز عيون البصائر للحموي ١٥٥/٤.
وفي لفظ للسرخسي "إذا لم يثبت ما هو الأصل لم يثبت ما في ضمنه" المبسوط ٣٧/١٧. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.
(٥) السيل الجرار للشوكاني ١٧٢/٣.
(٦) لسان العرب لابن منظور ٣٣٥/٣.
(٧) انظر: التقرير والتحبير لابن أمير الحاج ١٥٥/٢.

ينعقد أصلاً[١]، وهذا يخالف ما يراه غير الحنفية من أن الفاسد والباطل لفظان مترادفان[٢]، وإذا كان الحنفية يصححون المعاملات الفاسدة ما أمكن بنزع سببه فإن غير الحنفية أيضًا قد استثنوا عدة أبواب من الفقه مثل النكاح والولاية والوكالة والخلع والإجارة جوزوا فيها انقلاب التصرفات الفاسدة صحيحة بزوال السبب المفسد، أو إذا فات الأوان وتعذرت إعادة الحال إلى ما كان عليه ضرورة تدارك الحقوق، فالحاصل أنه إذا أمكن استكمال عناصر التصرف الأساسية أو رفع المفسد إذا كان وصفًا خارجيًا أو الاستفادة به من وجه دون وجه صح التصرف، لأن تصحيح التصرف ما أمكن أمر مقرر شرعًا، وصيانة كلام العقلاء أمر يليق بكرامة الإنسان، وأولوية التيسير على التعسير من أصول الشريعة[٣].

وإذا كان التصرف مشروعًا بأصله دون وصفه يصلح أن يكون موافقًا لقصد الشارع إذا حذف سبب الفساد[٤]، كالبيوع الربوية يمكن أن تنقلب صحيحة بحذف الزيادة في المفاضلة[٥] وإسقاط الأجل في النسيئة[٦] وكنكاح الشغار[٧] بتقرير مهر المثل، وبيع الغاصب للمغصوب إذا وافق المغصوب منه،

---

(١) رد المحتار لابن عابدين ٤/٥٠٨.

(٢) انظر: الإبهاج في شرح المنهاج للسبكي ١/٦٩، المدخل لابن بدران ١/١٦٥، إعانة الطالبين للبكري ٣/٧٢. ولذلك فإن العقد عند غير الحنفية إذا وقع فاسدًا لا يصح بزوال ما وقع به فاسدًا، وإنما يجب تجديده بعد حذف المفسد. انظر: الحاوي الكبير للماوردي ٥/٣٩، نهاية المحتاج للرملي ٣/٤٥٢.

(٣) انظر: درر الحكام لعلي حيدر ١/٤٦٩.

(٤) وذلك لأن نهي الشارع كان لأمر فلما زال الأمر ارتفع النهي فصار العقد موافقًا لقصد الشارع، ولأن في تصحيحها بحذف الوصف المفسد مصلحة ظاهرة والشريعة الإسلامية مبناها على رعاية المصالح. انظر: الموافقات للشاطبي ١/٤٥٥.

(٥) ربا الفضل: هو زيادة عين مال شرطت في عقد البيع على المعيار الشرعي. بدائع الصنائع للكاساني ٥/١٨٣.

(٦) ربا النسيئة: البيع بشرط أجل ولو قصيرًا في أحد العوضين في الأموال الربوية. الموسوعة الفقهية الكويتية ٢٢/٥٧.

(٧) الشغار: أن يقول الرجل للرجل أزوجك أختي على أن تزوجني أختك على أن يكون مهر كل واحدة منهما نكاح الأخرى، أو قالا ذلك في ابنتيهما أو أمتيهما. المبسوط للسرخسي ٥/١٠٥.

والبيع مع شرط السلف إذا حذف الشرط، وبيع الفضولي[١] بإجازة المالك الحقيقي، فما بني على هذا الأصل من التصرفات يكون فاسدًا كذلك، ومتى انقلب الأصل صحيحًا انقلب فرعه كذلك، ما لم يكن الفرع فاسدًا بسبب مستقل لا يصح إلا بحذفه أو كان باطلاً لا حكم له ولا يقبل التصحيح، ولا يمكن تلافيه.

والمبني على فاسد يبطل سواء نشأ معه أو لحِق به، فتبطل صلاة المقتدي الذي أدرك تكبيرة الإحرام خلف إمام على ثيابه نجاسة، وتبطل أيضًا صلاة المسبوق وهو الذي لحق بالإمام بعد الشروع في الصلاة، ويتقيد بطلان الفرع إذا علم الباني ببطلان الأصل، فإذا بطلت صلاة الإمام لسبب من الأسباب ثم علم المقتدي بعد ذلك ببطلان صلاة الإمام وجبت عليه الإعادة، وكالذي باع شيئًا ووثقه برهن أو ضمين أو أحاله بالثمن ثم بان البيع باطلاً بطلت التوثق والحوالة لأنها مبنية عليه.

والعمل بهذه القاعدة محل اتفاق لدى فقهاء المذاهب الفقهية المختلفة، وهي قاعدة واسعة المجال تحيط أو تكاد تحيط بكافة الجزئيات من العبادات والمعاملات والمناكحات والعقوبات بأوسع مدلولاتها.

أدلة القاعدة:

١- عن أبي هريرة، وزيد بن خالد الجهني رضي الله عنهما، أنهما قالا: «إن رجلاً من الأعراب أتى رسول الله ﷺ، فقال: يا رسول الله، أنشدك الله إلا قضيت لي بكتاب الله، فقال الخصم الآخر: وهو أفقه منه، نعم فاقض بيننا بكتاب الله، وأذن لي، فقال رسول الله ﷺ: «قل»، قال: إن ابني كان عسيفًا على هذا، فزنى بامرأته، وإني أخبرت أن على ابني الرجم، فافتديت منه بمائة شاة، ووليدة،

(١) بيع الفضولي: هو بيع ملك غيره بغير أمره. العناية للبابرتي ٧/ ٥٠.

فسألت أهل العلم، فأخبروني أنما على ابني جلد مائة وتغريب عام، وأن على امرأة هذا الرجم، فقال رسول الله ﷺ: «والذي نفسي بيده لأقضين بينكما بكتاب الله، الوليدة والغنم رد، وعلى ابنك جلد مائة، وتغريب عام، اغد يا أنيس إلى امرأة هذا، فإن اعترفت فارجمها»، قال: فغدا عليها، فاعترفت، فأمر بها رسول الله ﷺ، فرجمت»[١]. فإن الصلح لما فسد لكونه مخالفًا للمشروع فسد ما بني عليه من العوض في مقابله؛ حيث حكَم ﷺ بردّه على صاحبه.

٢- العلم الضروري يقضي بفساد ما ابتني على فاسد؛ لأنه لا يعقل أن ينشأ صحيح على فاسد[٢] والضروري[٣] لا يطالب بالدليل عليه[٤] ولا ينازع فيه خلق كثير من العقلاء[٥].

تطبيقات القاعدة:

١- لو تصالح طرفان فأبرأ الواحد منهما الآخر وكتبوا بذلك سندات فيما بينهما، فظهر أن ذلك الصلح فاسد، فكما أنه يكون فاسدًا يكون الإبراء الذي في ضمنه فاسدًا أيضًا؛ لأن البناء على الفاسد فاسد[٦].

٢- لو أخذ الشفيع من المشتري العقار بالشفعة، ثم فسخ العقد الذي بين

---

(١) رواه البخاري ٣/١٩١ (٢٧٢٤) واللفظ له، ورواه في مواضع بلفظ مقارب ٣/١٨٤ (٢٦٩٥)، ٨/١٢٩، ١٦٧، ١٧١، ١٧٢، ١٧٦ (٦٦٣٣) (٦٨٢٧) (٦٨٣٥) (٦٨٤٢) (٦٨٥٩)، ٩/٧٥، ٨٨ (٧١٩٣) (٧٢٦٠)، ومسلم ٣/١٣٢٤- ١٣٢٥ (١٦٩٧/١٦٩٨).

(٢) انظر: التقرير والتحبير لابن أمير الحاج ٢/٢٧١، النوازل للوزاني ٩/٣١٥، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو ٤/٣٦٣.

(٣) الضروري: هو الذي لا يتوقف حصوله على نظر وكسب سواء احتاج إلى شيء آخر من حدس أو تجربة أو غير ذلك أو لم يحتج، وهو يرادف البديهي إذا فسر الثاني بهذا المعنى، أما لو أريد به ما لا يحتاج بعد توجه العقل إلى شيء أصلاً فيكون أخص من الضروري. التعريفات للجرجاني ص ٦٣.

(٤) انظر: الإحكام للآمدي ٤/٢١٩.

(٥) انظر: المستصفى لأبي حامد الغزالي ص ١١٤.

(٦) انظر: درر الحكام لعلي حيدر ١/٥٥، شرائع الإسلام للمحقق الحلي ٣/٢١٢.

المشتري والبائع لسبب ما، فإن بيع الشفعة يفسخ أيضًا؛ لأن الشفعة مبنية على العقد الأول، وإذا بطل الشيء بطل ما بني عليه[1].

٣- إذا فسدت صلاة الإمام لقهقهة أو نحوها فسدت صلاة مَن خلفه، لأن صحة صلاتهم مبنية على صحة صلاة الإمام[2] والمبني على الفاسد فاسد.

٤- لو أن أحد الورثة باع حصته الإرثية المجهولة من تركة مورثه وأبرأ المشتري من كل دعوى تتعلق بالمبيع لا يعتبر هذا الإبراء صحيحًا؛ لأن البيع الذي بني عليه الإبراء فاسد للجهالة؛ وما بني على الفاسد فاسد[3].

٥- إذا حُجِرَ على المُوكِّل لعلَّة فإن الوكيل ينعزل[4]، فكل تصرف يقوم به بعد هذا السبب يكون فاسدًا؛ لأن فساد الأصل يستلزم فساد ما يتضمنه.

٦- إذا فسخ العقد وقد أحيل بالثمن بطلت الحوالة[5]؛ لأنه إذا بطل الأصل بطلت توابعه.

٧- يجوز للمتهم الدفع ببطلان الحكم القضائي القائم على شهادة باطلة، كالحكم بعقوبة حدية بناء على شهادة من ثبت فسقه[6]، لأن المبني على الفاسد فاسد.

د. مبروك عبد العظيم أحمد

* * *

(١) انظر: حاشية الصاوي على الشرح الصغير "بلغة السالك" ٣/ ٦٤١.

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين ١/ ٦٣٧.

(٣) شرح المجلة العدلية للمحاسني ١/ ١٧٤.

(٤) انظر: فتح القدير لابن الهمام ٨/ ١٤٥.

(٥) أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ١/ ١٣٣، حاشيتا قليوبي وعميرة ٢/ ٤٠١.

(٦) انظر: أحكام القرآن للجصاص ١/ ٦٩٧.

رقم القاعدة: ٣٣٨

نص القاعدة: الْـمُفْسِدُ مَتَى زَالَ قَبْلَ تَقَرُّرِهِ جُعِلَ كَأَنْ لَمْ يَكُنْ[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- المفسد إذا زال قبل تقرره يصير كأنه لم يكن[٢].

٢- المفسد إذا سقط قبل تقرره فلا فساد[٣].

قواعد ذات علاقة:

١- العقد الفاسد يجب نقضه وإبطاله[٤]، ولا يجوز تقريره. (متكاملة).

٢- ارتفاع المفسد في العقد الفاسد يرده صحيحًا[٥]. (أخص).

٣- الأصل أنه يفرق بين الفساد إذا دخل في أصل العقد وبينه إذا دخل في عُلقة من علائقه[٦]. (متكاملة).

---

(١) المبسوط للسرخسي ١٢/١٤٣.
(٢) المبسوط ١٤/٢٣.
(٣) إيثار الإنصاف لسبط ابن الجوزي ١/٣٠٩.
(٤) رد المحتار لابن عابدين ٦/٦١.
(٥) انظر: فتح القدير لابن همام ٦/٤٢٢، رد المحتار ٥/٧١، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.
(٦) أصول الإمام الكرخي مع تأسيس النظر ص ١٦٥، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

٤- ما وقع فاسدًا لا ينقلب صحيحا[١]. (مخالفة).

٥- الفاسد معتبر بالجائز[٢]. (متكاملة).

٦- كل ما بطل بيعه لأجل جهالته متى زالت الجهالة: جاز البيع[٣]. (أخص).

شرح القاعدة:

المراد بالفساد في القاعدة: ما يقابل الصحة، وهو يشمل الباطل والفاسد، إذ الفاسد عند الحنفية أعم من الباطل، فكل باطل فاسد، وليس كل فاسد باطلاً[٤]. أما الجمهور فالفاسد عندهم مرادف للباطل[٥]، وهو كذلك عند الحنفية في العبادات[٦]، فلا فرق في العبادة بين الباطل والفاسد فى الحكم.

---

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/ ٣٧٠، حاشية قليوبي على المحلي ٢/ ٢٢٥، حاشية البجيرمي على المنهج ٢/ ٢١٧، حاشية الشرواني على تحفة المحتاج ٣/ ٢٨٤. ووردت في روضة الطالبين للنووي ٥/ ٤٨٦، وحاشية الجمل على شرح المنهج ٤/ ٢٠٣، وشرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢/ ١٢٧، ومطالب أولي النهى للرحيباني ٣/ ٣٠٦ بلفظ: "الفاسد لا ينقلب صحيحًا".

(٢) المبسوط للسرخسي ١٤/ ٣٣.

(٣) جمهرة القواعد الفقهية للندوي ٢/ ٨٤٩، نقلاً عن شرح الجصاص لمختصر الطحاوي ١/ ١٧١.

(٤) انظر: فتح القدير لابن الهمام ٦/ ٤٠١، الجوهرة النيرة للحدادي ١/ ٢٠٠، حاشية الشلبي على تبيين الحقائق ٤/ ٤٤.

(٥) انظر: البحر المحيط للزركشي ٢/ ٢٥، الإبهاج للسبكي ١/ ٦٩، شرح الكوكب المنير لابن النجار الفتوحي ص ١٤٨، ١٤٩. إلا أنهم يفرقون بين البطلان والفساد في بعض أبواب الفقه، كالحج والعارية والكتابة والخلع، ويختلف ذلك من مذهب إلى آخر. انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٨٦، أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٤/ ٤٧٩، حاشية البجيرمي على المنهج ٢/ ٣٨٥، القواعد والفوائد الأصولية لابن اللحام الحنبلي ص ١١٠-١١٤.

(٦) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم مع غمز عيون البصائر ٣/ ٤٣٩، الدر المختار للحصكفي مع رد المحتار لابن عابدين ٢/ ٣٩٤.

ومعنى القاعدة: أن المفسد إذا وقع في عبادة من العبادات[1]، أو معاملة من المعاملات، ثم أزيل قبل ثبوته وتقرره فإنه يزول أثره ويلحق بالعدم، فلا يبطل به العمل، ولا يلزم استئنافه من جديد، مع ملاحظة أن المفسد للعبادة لا تفيد إزالته إلا إذا وقع عن عذر معتبر شرعًا، كالسهو أو الاضطرار أو نحو ذلك من الأعذار، ويختلف ذلك من عبادة إلى أخرى، أما إذا تعمد ارتكاب المفسد دون عذر فإن العبادة تبطل من أصلها. بخلاف المعاملة فإن المفسد فيها يمكن إزالته حتى لو وقع عن عمد. وذلك لأن العبادة وضعت للامتثال والطاعة، وذلك لا يتحقق إلا بإيقاعها كما أمر الشارع، دون مخالفة في ذات العبادة وحقيقتها، أو صفة من صفاتها اللازمة لها، أما من أتى بها على صفة مخالفة لأمر الشارع فلا يكون بذلك مطيعًا، ولا يتحقق الامتثال المطلوب، ولا تبرأ بها ذمته، ومن ثم كان الفساد في العبادات كالبطلان فيها بالاتفاق. أما المعاملات والعقود فالمقصود بها تحقيق مصالح العباد، وآثارها تتوقف على وجود أركانها وشروطها، فإذا تحققت فقد وجدت حقيقة الشيء وثبت له كيانه، إلا أنه قد يكون مختلاً لفوات بعض أوصافه، ولذلك يكون في منزلة بين الباطل والصحيح عند أبي حنيفة، ويجب أن تترتب عليه بعض الآثار. وذلك أقرب إلى تيسير معاملات الناس، وتأمين مصالحهم؛ قال الشاطبي: «ولما كانت المعاملات في الغالب راجعة إلى مصالح الدنيا؛ كان النظر فيها راجعًا إلى اعتبارين: أحدهما: من حيث هي أمور مأذون فيها أو مأمور بها شرعا. والثاني: من حيث هي راجعة إلى مصالح العباد.

فأما الأول؛ فاعتبره قوم بإطلاق، وأهملوا النظر في جهة المصالح، وجعلوا مخالفة أمره مخالفة لقصده بإطلاق؛ كالعبادات المحضة سواء، وكأنهم مالوا إلى جهة التعبد.

---

(١) انظر: بعض الأمثلة المخرجة على القاعدة في العبادات في: المبسوط للسرخسي ١/٢٤٧، بدائع الصنائع للكاساني ١/٩٩، ١٠٠.

وأما الثاني فاعتبره قوم أيضًا، لا مع إهمال الأول، بل جعلوا الأمر منزلاً على اعتبار المصلحة، بمعنى أن المعنى الذي لأجله كان العمل باطلاً ينظر فيه فإن كان حاصلاً أو في حكم الحاصل بحيث لا يمكن التلافي فيه بطل العمل من أصله، وهو الأصل فيما نهى الشرع عنه. وإن لم يحصل مدة كان في حكم الحاصل، لكن أمكن تلافيه لم يحكم بإبطال ذلك العمل؛ كما في بيع الغاصب للمغصوب موقوف على إجازة المغصوب منه أو رده؛ لأن المنع إنما كان لحقه، فإذا أجازه جاز، ومثله البيع والسلف منهي عنه، فإذا أسقط مشترط السلف شرطه جاز ما عقداه، ومضى على بعض الأقوال، وقد يتلافى بإسقاط الشرط شرعًا؛ كما في حديث بَريرة، وعلى مقتضاه جرى الحنفية في تصحيح العقود الفاسدة؛ كنكاح الشغار، والدرهم بالدرهمين، ونحوهما إلى غير ذلك من العقود التي هي باطلة على وجه فيزال ذلك الوجه فتمضي العقدة، فمعنى هذا الوجه أن نهي الشارع كان لأمر، فلما زال ذلك الأمر ارتفع النهي، فصار العقد موافقًا لقصد الشارع، إما على حكم الانعطاف إن قدرنا رجوع الصحة إلى العقد الأول، أو غير حكم الانعطاف إن قلنا إن تصحيحه وقع الآن، لا قبل، وهذا الوجه بناء على أن مصالح العباد مغلبة على حكم التعبد»[١].

وإزالة المفسد لا يكون مؤثرًا في زوال الفساد وصحة العمل إلا إذا كان ذلك قبل ثبوت المفسد وتقرره، كما نصت على ذلك صيغة القاعدة، أما بعد ثبوته وتأكده فلا يرتفع الفساد؛ قال الإمام الكاساني: «الفساد بعد تقرره لا يحتمل الزوال»[٢]، وتقرر المفسد يكون بأمور:

١- إما بالمضي في المفسد بعد ارتفاع العذر في العبادات؛ كمن ارتكب المفسد للعبادة جاهلاً بالحكم أو بالمحكوم فيه أو ناسيًا، ثم استمر عليه بعد

(١) الموافقات للشاطبي ١/ ٢٩٣ باختصار.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ٥/ ١٧٩.

العلم، كالذي اجتهد في معرفة القبلة وشرع في الصلاة، ثم تبين الخطأ أثناء الصلاة، فيجب عليه تصحيح هذا الخطأ بالاستدارة إلى القبلة فور علمه، والبناء على ما مضى من صلاته، أما إذا مضى في المفسد مع العلم بخطئه تقرر المفسد، وفسدت صلاته(١).

٢- وإما بطول الفصل في الأعمال التي أمر الشارع بأدائها على نحو متوال ومتصل؛ كركعات الصلاة وأشواط الطواف، فإذا وقع فيها الفصل والتخلل لعارض، وأزيل قبل تفاحشه صح عمله؛ لأن «يسير الفصل عفو»(٢)، والمرجع في تقدير اليسير إلى العرف، أما إذا طال الفصل فيتقرر الفساد ويبطل العمل؛ كمن سلم ساهيًا قبل إتمام صلاته فيجوز له أن يبني عليها مع قرب الفصل، فإن طال الفصل ابتدأ الصلاة(٣).

٣- وإما بالقبض، فبقبض المعقود عليه في العقد الفاسد يتقرر الفساد أحيانًا(٤).

٤- وإما بمضي المدة في الأجل الفاسد والخيار الفاسد(٥)، كما إذا فسد

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ١/١١٩، الهداية للمرغيناني مع العناية للبابرتي ١/٢٧٣، الجوهرة النيرة للحدادي ١/٤٩، المجموع للنووي ٣/٢٠٧، المغني لابن قدامة ١/٢٦٩، الإنصاف للمرداوي ٢/١٨.

(٢) الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي ١/١٥٢، التاج والإكليل للمواق ٢/٥٢٧.

(٣) انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١/٢٩٣، المجموع للنووي ١/٤٧٨، المغني لابن قدامة ١/٣٦٦، الإنصاف للمرداوي ٢/١٣٢، القواعد لابن رجب ص ٢٣١.

(٤) انظر: بدائع الصنائع٥/٣٠٤-٣٠٥، العناية شرح الهداية ٦/٤٦٢، ترتيب اللآلئ لناظر زاده٢/٩٢٨.

(٥) لا يجوز الخيار عند الإمام أبي حنيفة وزفر والشافعية في البيع إلا ثلاثة أيام فما دونها، فإذا زاد على ذلك كان فاسدًا، وذلك لأن شرط الخيار مخالف لمقتضى العقد، وهو اللزوم، وإنما جوز بخلاف القياس بالنص، وهو حديث حبان بن منقذ بن عمرو الأنصاري رضي الله عنه أنه كان لا يدع التجارة ولا يزال يغبن، فأتى رسول الله ﷺ فذكر له ذلك، فقال: «إذا بعت فقل: لا خلابة، ثم أنت في كل سلعة تبتاعها بالخيار ثلاث ليال، فإن رضيت فأمسك، وإن سخطت فارددها على صاحبها»، رواه=

العقد بتأجيل الثمن أجلاً مجهولاً بجهالة متقاربة؛ كالحصاد والدياس[(١)]؛ ثم أبطل المشتري الأجل قبل محله أو نقد الثمن انقلب العقد جائزًا، أما إن مضت المدة المجهولة قبل إبطالها تأكد الفساد[(٢)]، ولزم استئناف العقد من جديد. وكذلك إذا استأجر شيئًا على أنه بالخيار أكثر من ثلاثة أيام فسدت الإجارة، فإن أجاز العقد وأبطل خياره قبل اليوم الرابع صح العقد، أما إذا دخل اليوم الرابع تقرر الفساد[(٣)].

٥- وإما بالتفرق عن المجلس قبل إزالة المفسد في العقود، وذلك فيما يلزم وجوده أثناء التعاقد من الشروط الشرعية لصحة العقد، مثل معلومية المعقود عليه وتعيينه، ووقوع القبض في عقد الصرف ونحو ذلك، فإذا تفرق العاقدان من المجلس قبل توفر ذلك الشرط في المجلس فسد العقد، فاشتراط الأجل في عقد الصرف يفسده؛ لأنه يمنع القبض، ولكن إذا تقابضا البدلين قبل الافتراق من المجلس صح العقد، أما بعد الافتراق فيتقرر المفسد ولا يمكن تصحيح العقد بإزالته[(٤)] وكذلك إن بيع الجنس بالجنس في الصرف مجازفة فسد

= ابن ماجه ٧٨٩/٢ (٢٣٥٥)، والدراقطني ١٠/٤، فيقتصر على مورد النص. أما عند أبي يوسف ومحمد من الحنفية، والحنابلة فيجوز شرط الخيار إذا سمى مدة معلومة وإن طالت، لأن الخيار إنما شرع للحاجة إلى التروي ليندفع الغبن، وقد تمس الحاجة إلى أكثر من ثلاثة أيام. ويرى المالكية أن مدة الخيار تختلف باختلاف السلع، فإن القصد ما تختبر فيه تلك السلعة، وذلك يختلف باختلاف السلع والحاجة. انظر: فتح الباري لابن حجر ٣٢٨/٤، شرح السنة للبغوي ٤٨/٨، الهداية للمرغيناني مع العناية ٢٩٩/٦-٣٠١، تبيين الحقائق للزيلعي١٤/٤-١٥، شرح مختصر خليل للخرشي ١٠٩/٥، الفواكه الدواني للنفراوي ٨٣/٢، المجموع للنووي ١٩٠/٩، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٣٧/٢، الأموال ونظرية العقد لمحمد موسى ص ٤٣٧-٤٣٨.

(١) الدياس هو: دوس الحب بالقدم لينقشر، وأصله الدواس بالواو؛ لأنه من الدوس، قلبت ياء للكسرة قبلها. انظر: فتح القدير لابن الهمام ٤٥٣/٦، البحر الرائق لابن نجيم ٩٦/٦، رد المحتار لابن عابدين ٨٢/٥، المغرب للمطرزي ص ١٧٠.

(٢) انظر: البحر الرائق لابن نجيم ٣٠٣/٥.

(٣) انظر: البحر الرائق ٥/٦.

(٤) انظر: الدر المختار للحصكفي مع رد المحتار ٢٥٩/٥، الفتاوى الهندية ٢١٧/٣.

البيع؛ للجهل بالتماثل، فإذا علم التساوي قبل التفرق جاز وإلا فلا[١].

٦- وإما بفوات المعقود عليه بهلاكه أو استهلاكه؛ كما لو فسد البيع لانعقاده بثمن مجهول، وتم القبض، ثم هلك المبيع في المجلس قبل العلم بالثمن؛ فإن الفساد يتقرر، ولا يمكن رفعه بحذف المفسد[٢]، مع أن الفساد يمكن إزالته في مجلس العقد ولو بعد القبض؛ لأن «المجلس حريم العقد وله حكمه»[٣].

والقاعدة لم تشتهر بلفظها إلا عند الحنفية، وهي محل خلاف بين الفقهاء، ومجالها الأوسع هو المعاملات، والجمهور لا يصححون العقود والشروط الفاسدة بإزالة المفسد فيها، أما الحنفية ومن وافقهم فينقلب العقد صحيحًا عندهم بحذف المفسد؛ كما سيأتي تفصيله في القاعدة المتفرعة: «ارتفاع المفسد في العقد الفاسد يرده صحيحًا»[٤]، أما العبادات فالأصل فيها أن «ما ضاد العبادة أفسدها»[٥]، لكن إذا وقع المفسد من غير قصد ثم أزيل في وقته صحت العبادة إذا لم يكن مانع آخر، وهذا عند الحنفية وجمع من العلماء، بل لم يخل مذهب فقهي من إجراء القاعدة في بعض فروع العبادات، أو من قول جار عليها.

أدلة القاعدة:

١- ما روته عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ: «من أصابه قيء، أو رعاف أو قلس[٦]، أو مذي فلينصرف فليتوضأ، ثم ليبن على

(١) انظر: البحر الرائق ٦/٢١١، مجمع الأنهر لشيخي زاده ٢/١١٦.

(٢) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٥/١٥٨.

(٣) المنثور في القواعد للزركشي ٣/١٦٠.

(٤) فتح القدير لابن الهمام ٦/٤٢٢، رد المحتار لابن عابدين ٦/٤٢٢.

(٥) المنتقى شرح الموطأ للباجي ٢/٨٥.

(٦) القلس - بسكون اللام وفتحها: ما خرج من البطن من طعام أو شراب إلى الفم - سواء ألقاه أو أعاده إلى بطنه - إذا كان ملء الفم أو دونه، فإذا غلب فهو قيء. المصباح المنير ص ٥١٣، مادة: قلس. وقيل: ما خرج من الجوف ملء الفم أو دونه وليس بقيء، فإن عاد فهو القيء. انظر: النهاية في غريب الأثر لابن الأثير ٤/١٠٠، مادة: قلس، المبدع لابن مفلح ١/١٥٨.

صلاته، وهو في ذلك لا يتكلم»[(١)] وفي رواية قال: «إذا قاء أحدكم في صلاته أو قلس، فلينصرف فليتوضأ، ثم ليبن على ما مضى من صلاته ما لم يتكلم»[(٢)].

فالحديث يدل على أن الصلاة لا تفسد على المصلي بوقوع المفسد إذا أزاله، فمن سبقه الحدث، ولم يتعمد خروجه جاز له البناء بعد إعادة الوضوء[(٣)]، حيث لم يتكلم، ولم يتقرر الفساد بالمضي فيه.

٢- ما روى أبو هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «من نسي وهو صائم، فأكل أو شرب، فليتم صومه، فإنما أطعمه الله وسقاه»[(٤)]، وفي رواية: «من أفطر في رمضان ناسيًا فلا قضاء عليه ولا كفارة»[(٥)]. فالحديث نص على أن ارتكاب المفسد ناسيًا لا يبطل الصوم إذا امتنع عنه بعد التذكر؛ أما إذا تقرر الفساد بالمضي فيه بعد التذكر فيبطل.

٣- ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ «من باع بيعتين في بيعة فله أوكسهما[(٦)] أو الربا»[(٧)].

---

(١) رواه ابن ماجه ١/٣٨٥ (١٢٢١).

(٢) رواه الدارقطني ١/٢٨٠ (٥٦٣)، والبيهقي في السنن الكبرى ١/٢٢٢ (٦٦٩)، ٢/٣٦٢ (٣٣٨٢)، والطبراني في الأوسط ٥/٣٢١ (٥٤٢٩)، كلهم عن عائشة رضي الله عنها.

(٣) انظر: نيل الأوطار للشوكاني ١/٢٣٩.

(٤) رواه البخاري ٣/٣١ (١٩٣٣)، ٨/١٣٦ (٦٦٦٩)، ومسلم واللفظ له ٢/٨٠٩ (١١٥٥).

(٥) رواه الحاكم ١/٥٩٥ (١٥٦٩)، وقال: هذا حديث صحيح على شرط مسلم، ولم يخرجاه بهذه السياقة، وابن خزيمة في صحيحه ٣/٢٣٩ (١٩٩٠)، وابن حبان ٨/٢٨٧ (٣٥٢١)، والدارقطني ٣/١٤٢ (٢٢٤٣)، والبيهقي في السنن الكبرى ٤/٣٨٧ (٨٠٧٤)، وفي معرفة السنن والآثار ٦/٢٧٢ (٨٧٠٧)، والطبراني في الأوسط ٥/٢٩٢ (٥٣٥٢)، كلهم عن أبي هريرة رضي الله عنه.

(٦) أوكسهما: أنقصهما. انظر: سبل السلام للصنعاني ٣/١٦، نيل الأوطار للشوكاني ٥/٢٤٩، عون المعبود للعظيم آبادي ٩/٢٣٩، والوكس هو النقص. انظر: النهاية في غريب الحديث والأثر لابن الأثير ٥/٢١٨، لسان العرب لابن منظور ٦/٢٥٧، مادة: وكس.

(٧) رواه أبو داود ٣/٢٧٤ (٣٤٦١)، والحاكم ٢/٥٢ (٢٢٩٢)، وابن حبان ١١/٣٧٤ (٤٩٧٤). وصححه الحاكم ووافقه الذهبي.

ومعنى بيعتين في بيعة: أن يبيع الرجل السلعة فيقول: هي نقدًا بكذا، ونسيئة بكذا - أي بثمن أكثر من الثمن الأول، ويتم العقد على الإبهام. والحكم له بالأوكس دليل على أن من باع على هذا النحو المحرم، ثم أسقط الزيادة التي توجب الربا صح البيع؛ لزوال المفسد[١].

٤- ما روى أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ، أنه قال: «لا تلقوا الجلَب، فمن تلقاه، فاشترى منه، فإذا أتى سيده السوق فهو بالخيار»[٢]، فقوله ﷺ: «فإذا أتى سيده السوق فهو بالخيار»، يدل على صحة العقد؛ إذ الخيار لا يكون إلا في عقد صحيح؛ حيث إن النهي عن العقد كان لحق البائع، فربما يكون فيه خديعة له بشراء المتلقي للسلعة بأقل من ثمنها، ولهذا جعل الحق له في إمضاء البيع أو فسخه، فإذا رضي زال المفسد وصح البيع[٣].

٥- ما روى أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال: «لا تُصرّوا الإبل والغنم، فمن ابتاعها بعدُ فإنه بخير النظرين بعد أن يحتلبها إن شاء أمسكها، وإن شاء ردها وصاعًا من تمر»[٤]، فدل قوله ﷺ: «إن شاء أمسكها» على صحة البيع عند زوال المفسد، وهو عدم الرضا، ولو كان البيع باطلاً من أصله، لرده ولم يخير[٥].

٦- قاعدة «إذا زال المانع عاد الممنوع»[٦]، فالشيء إذا كان مشروعًا في أصله، ولازمه مانع يمنع من نفوذ حكمه، فإنه يعود مشروعًا عند زوال المانع وارتفاعه[٧].

---

(١) انظر: نيل الأوطار للشوكاني ٥/١٨٠-١٨١.
(٢) رواه مسلم في صحيحه ١١٥٧/٣ (١٥١٩)/(١٧).
(٣) انظر: المغني لابن قدامة ١٥٢/٤، الشرح الممتع لابن عثيمين ٢٨٧/٨.
(٤) رواه البخاري ٧٠/٣ (٢١٤٨) وفي مواضع أخر، ومسلم ١١٥٥/٣ (١٤١٢)/(١١)، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.
(٥) انظر: المهذب للشيرازي مع المجموع للنووي ٢٩٩/١١، المغني لابن قدامة ١٠٨/٤.
(٦) بريقة محمودية للخادمي ٢٦٧/٣، درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٣٨/١.
(٧) انظر: المدخل الفقهي العام للزرقا ٧٥٦/٢.

تطبيقات القاعدة :

١- من سبقه الحدث في الصلاة من بول أو ريح أو رعاف وجب عليه أن ينصرف من ساعته ويتوضأ، ثم يبني على صلاته ما لم يتأخر في طريقه أو ينشغل بغير الوضوء، وتصح صلاته عند الحنفية[(١)]؛ لأن المفسد متى زال قبل تقرره جعل كأن لم يكن.

٢- من ترك شيئًا من الطواف - ولو شبرًا واحدًا - فإنه لا يصح طوافه، فإن رجع، وأتى بما تركه صح طوافه ما لم يطل الفصل، فإن طال الفصل امتنع البناء على ما سبق، ولزمه استئناف الطواف من أوله[(٢)]؛ لتقرر الفساد بطول الفصل.

٣- الصائم إذا أكل أو شرب ناسيًا لم يبطل صومه، أما إذا استمر على الأكل بعد التذكر فسد صومه[(٣)]؛ لتقرر المفسد بالمضي فيه.

٤- من سلم، أو تكلم ساهيًا أو نسي شيئًا من صلب الصلاة بنى ما لم يتطاول ذلك، وإن تطاول استأنف الصلاة[(٤)]؛ لتقرر المفسد.

٥- إذا سقط عن المصلي ثوبه فانكشفت عورته، فتناول ثوبه ولبسه في الحال، فإنه يمضي على صلاته، وتكون صحيحة، أما إن مكث بقدر ما يتمكن من أداء ركن استقبل الصلاة؛ لفسادها بتقرر المفسد[(٥)].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ١/٢٢٠- ٢٢٢، تبيين الحقائق للزيلعي ١/١٤٥، البحر الرائق لابن نجيم ١/٣٨٩.

(٢) انظر: المغني لابن قدامة ٣/١٩٨، كشف المخدرات شرح أخصر المختصرات لأحمد البعلي ١/٣٢٠، الشرح الممتع لابن عثيمين ٧/٢٤٩-٢٥٠.

(٣) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٢/٩٠، تبيين الحقائق للزيلعي ١/٣٢٢، الجوهرة النيرة للحدادي ١/١٣٨، مراقي الفلاح للشرنبلالي ص ٢٤٥.

(٤) انظر: الأم للشافعي ٨/١٠٩.

(٥) انظر: المبسوط للسرخسي ١/١٩٦ -١٩٧، الدرر شرح الغرر للملا خسرو ١/١٠٤.

٦- إذا اشترى المشتري شيئًا على أنه بالخيار أكثر من ثلاثة أيام فسد البيع[١]، فإذا أسقط من له الخيار المدة قبل مضي الثلاث، أو أجاز في الثلاث كان البيع جائزًا؛ لأن المفسد إذا زال قبل تقرره يصير كأنه لم يكن، فأما إذا جاء اليوم الرابع قبل إسقاط الخيار فيتقرر المفسد[٢].

٧- لا يجوز السَّلم إذا كان فيه شرط خيار؛ لأنه يمنع تمام القبض؛ لكونه مانعًا من انعقاد العقد في حق الحكم، والافتراق في السلم قبل تمام القبض مبطل للعقد، ولو أسقط صاحب الخيار خياره قبل أن يتفرقا فحينئذ ينقلب العقد صحيحًا إذا كان رأس المال قائمًا عند إسقاط الخيار؛ لأن المفسد متى زال قبل تقرره جعل كأن لم يكن[٣].

٨- لا يصح الفصل بين التسمية والذبح، فلو أضجع شاة ليذبحها وسمى عليها فكلمه إنسان فأجابه، أو استسقى ماء فشرب، أو أكل لقمة أو ما أشبه ذلك من عمل - فإن كان قليلاً ولم يكثر ذلك منه ثم ذبح على تلك التسمية جاز الأكل؛ لعدم تقرر المفسد، وإن أطال الحديث أو أطال العمل ثم ذبح فإنها لا تؤكل؛ لأن ذلك يقرر المفسد، وهو الفصل المبطل للتسمية[٤].

٩- إذا اشترط الخيار في بيع الصرف فسد العقد؛ لأن الخيار يمنع

---

(١) هذا على مذهب أبي حنيفة وزفر والشافعية حيث إنهم يجوزون خيار الشرط في البيع ثلاثة أيام فما دونها، ولا تجوز الزيادة عندهم على ذلك، كما سبق بيانه.

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي ١٣/٤١-٤٢، الهداية للمرغيناني ٣/٢٩، تبيين الحقائق للزيلعي ٤/١٤، ١٥.

(٣) انظر: المبسوط ١٢/١٤٣، بدائع الصنائع للكاساني ٥/٢٠١، تبيين الحقائق للزيلعي ٤/١١٧.

(٤) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٥/٤٩، الجوهرة النيرة ٢/١٨١، تبيين الحقائق للزيلعي٥/٢٨٨، المغني لابن قدامة ٩/٣١٠، كشاف القناع للبهوتي ٦/٢٠٩.

استحقاق القبض ما دام الخيار باقيًا، والقبض شرط صحة الصرف، فإذا أسقط الخيار في المجلس عاد البيع صحيحًا؛ لأن المفسد إذا زال قبل تقرره يصير كأنه لم يكن[1].

محمد عمر شفيق الندوي

* * *

(١) انظر: المبسوط للسرخسي ١٤/٢٣، تبيين الحقائق للزيلعي ٤/١٣٦.

رقم القاعدة: ٣٣٩

نص القاعدة: "الْحَرَامُ لاَ يُحَرِّمُ الْحَلاَلَ"[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- الحرام لا يفسد الحلال[٢].

٢- لا يفسد حلال بحرام[٣].

٣- ليس لحرام حرمة في الحلال[٤].

٤- الحلال حلال لا يفسده مجاورة الحرام له[٥].

٥- الحلال لا يحرم بملاقاة الحرام[٦].

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ١/١١٥، إيضاح القواعد الفقهية للحجي ص ٥٨، تفسير القرطبي ٥/١٠٦، التمهيد لابن عبد البر ٨/١٨٦، إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري للقسطلاني٨/٣٦، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك ٣/٢١٤، العناية شرح الهداية ٤/٢٤٦، البناية شرح الهداية للعيني٤/٥٢٩، عمدة القاري١١/١٦٩، ١٣/٩٤، الحاوي للماوردي٩/٢١٥، ٢١٧، ١١/٣٧٧، تحفة المحتاج للهيتمي٧/٣٠٩، نهاية المحتاج للرملي ٦/٢٧٩، مغني المحتاج للشربيني ٤/٢٩٦، حاشية البجيرمي على الخطيب ٣/٤٢٦، حاشيتا قليوبي وعميرة ٣/٢٤٦، شرح منتهى الإرادات ٣/٣٣، المحلى بالآثار ٩/١٤٨، فتح القدير للشوكاني ١/٥١٤، أحكام القرآن لابن العربي ١/٤٩٦، القواعد الفقهية عند الإمامية ١/٥٧١.

(٢) أحكام القرآن للجصاص ٢/١٤٥.

(٣) السنن الكبرى للبيهقي ٧/١٦٩.

(٤) المدونة للإمام مالك ٢/١٩٧.

(٥) المحلى لابن حزم ٦/٩٥.

(٦) المحلى ١/١٤٢.

٦- ارتكاب الحرام لا يحرم الحلال الذي كان قبله[١].

قواعد ذات علاقة:

١- الحرام يحرم الحلال[٢]. (مخالفة للقاعدة).

٢- المعدوم شرعًا كالمعدوم حسًا[٣]. (متكاملة مع القاعدة).

٣- الحرام لا يتعلق بذمتين[٤]. (متكاملة).

٤- إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام[٥]. (أصل استثنيت منه القاعدة).

٥- المقبوض بعقود محرمة إذا اشتبه واختلط بغيره لم يحرم الجميع[٦]. (أخص).

٦- الزنا لا يحرم الحلال[٧]. (أخص).

---

(١) شرح سنن ابن ماجه للسيوطي وغيره ١/١٤٥.

(٢) شرح صحيح البخاري لابن بطال ٧/٢١٠.

(٣) قواعد المقري١/٣٣٣، إيضاح المسالك للونشريسي ص ١٣٨، الذخيرة للقرافي ٦/٢٨٣، شرح ميارة ٢/٢٢٠، شرح الزرقاني على موطأ مالك ١/٢٤٦، ١١٧، ٢/٨٩، ٦/١٦٤، تهذيب الفروق ٢/٩٩، النوازل للوزاني٢/٢١٤، ٣/١٢٦، قواعد الحصني٣/٣٧٧، نظرية التقعيد الفقهي لمحمد الروكي ص ١٤٨، ٣٤٩، ٥٠٧، ٥٠٨، القواعد الفقهية للباحسين ص ٢٣٨. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٤) حاشية الصاوي بلغة السالك لأقرب المسالك ٣/٣٧١، منح الجليل ٢/٤١٦، نظرية التقعيد الفقهي للدكتور محمد الروكي ص١١٧. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٥) المنثور في القواعد الفقهية للزركشي ١/١٢٥، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٠٥، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٩٣، الإبهاج في شرح المنهاج للسبكي وولده ١/١١٤، ٢/٤٧، البحر المحيط للزركشي ١/٣٤٢. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٦) مجموع الفتاوى لابن تيمية ٢٩/٢٧٦. (بتصرف).

(٧) الحاوي الكبير للماوردي ٩/١٧٨، ٢١٤، السنن الكبرى للبيهقي ٧/١٦٨، سنن النسائي، مختصر المزني ١/١٦٩، ١٨١، إعلام الموقعين ٣/٢٤٤.

شرح القاعدة:

الحرام: ما منع الشرع فعله وقربانه ورتب على فاعله العقاب.

والحلال: الجائز المباح.

ومعنى القاعدة: أن الحرام لا يُصَيِّرُ الحلال حرامًا بمجاورته له أو اختلاطه به اختلاطًا يتميز فيه كل منهما عن الآخر.

والقاعدة محل خلاف بين الفقهاء، واختلافهم فيها ناشئ عن اختلافهم في تعارض الحظر والإباحة، وتعارض المقتضي والمانع. ومن أشهر مسائل القاعدة التي وقع فيها الخلاف مسألة تحريم الحلال بالوطء المحرم.

والوطء المحرم قد يكون زنىً وقد يكون لواطًا، فإن كان زنىً: فقد ذهب الشافعية[١] والزيدية[٢] والظاهرية[٣] وغالب المالكية[٤] وابن قدامة وابن تيمية وابن القيم من الحنابلة[٥] إلى أن الحرام لا يحرم الحلال، ولا يحرم إلا إذا كان الوطء بنكاح صحيح، والنكاح في الشرع إنما يطلق على المعقود عليها لا على مجرد الوطء، فمن زنى بأخت امرأته مثلاً فلا تحرم عليه امرأته؛ لأن الله تعالى حرم الجمع بين الأختين بالنكاح خاصة لا بالزنا، بدليل أنه يجوز نكاح الأخت بعد طلاق أختها أو موتها ولا يجوز ذلك في المرأة المدخول بها وابنتها، وغالب الأحكام المترتبة على النكاح من الميراث والإحداد والحل والحرمة

---

(١) انظر: الأم ٥٣/٧، مختصر المزني ١٦٩/١، المجموع للنووي ٢١٩/١٦.

(٢) انظر: البحر الزخار ٣٦/٤-٣٧.

(٣) انظر: المحلى ١٤٧/٩-١٤٨.

(٤) انظر: الموطأ ٧٦٤/٣، ٧٦٥، المنتقى شرح الموطأ للباجي٣٠٦/٣، الكافي في فقه أهل المدينة لابن عبد البر ٥٤٢/٢، الاستذكار ٤٦٣/٥، بداية المجتهد ٢٨/٢، تفسير القرطبي ١١٥/٥.

(٥) انظر: المغني ٩١/٧، الفتاوى الكبرى ٤٥٥/٥، إعلام الموقعين ١٩٠/٣-١٩١، إغاثة اللهفان ٣٧٣/١.

ولحوق النسب، ووجوب النفقة وصحة الخلع والطلاق والظهار والإيلاء والقصر على أربع ووجوب القسم والعدل بين الزوجات وملك الرجعة وثبوت الإحصان والإحلال للزوج الأول وغيرها من الأحكام لا يتعلق شيء منها بالزنا، فكذلك لا يثبت تحريم المصاهرة. وأيضًا فقد ذكر الله تعالى من المحرمات ﴿وَحَلَٰٓئِلُ أَبۡنَآئِكُمُ﴾ ومن زنى بها الابن لا تسمى حليلة لغة ولا شرعًا ولا عرفًا[١] وهو قول ابن عباس من الصحابة، والزهري، وربيعة بن أبي عبد الرحمن، والليث بن سعد وغيرهم[٢].

أما الجعفرية فوافق غالبيتهم الجمهور في القول بعدم الحرمة، وفرق بعضهم بين الزنا قبل عقد الزواج وبعده، فإن حدث بعد العقد فلا يوجب حرمة، وإن كان قبله فإنه يوجب الحرمة مطلقًا[٣]، وهو قول عثمان البتي[٤] من السنة[٥]، وعند بعض الجعفرية إن كان الزنا سابقًا على العقد، فلا يحرم به إلا بنت العمة والخالة إذا زنى بأمها[٦].

ويرى الحنفية [٧] وغالب الحنابلة[٨] وابن القاسم وابن خويز منداد من

---

(١) انظر: الأم ٥٣/٧، ٥١٢/١٠ – ٥١٣، ١٤/١١، إعلام الموقعين ١٩١/٣-١٩٣، فتح الباري ١٥٧/٩، فيض القدير للمناوي ٥٧٨/٦، تفسير القرطبي ١١٥/٥.

(٢) انظر: المصنف لابن أبي شيبة ٣١٦/٣، تفسير القرطبي ١١٥/٥، فتح الباري ١٥٦/٩.

(٣) انظر: جواهر الكلام لمحمد حسن النجفي ٣٦٣/٢٩ – ٣٦٤، القواعد الأصولية والفقهية على مذهب الإمامية ٥٧٣/١.

(٤) هو أبو عمرو عثمان بن مسلم وقيل ابن سليمان بن هرمز البتي الثقفي البصري، فقيه البصرة زمن أبي حنيفة، توفي سنة ١٤٣هـ.

(٥) انظر: أحكام القرآن للجصاص ٥٢/٣.

(٦) انظر: شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام ٣٣٧/٢ – ٣٣٨.

(٧) انظر: تبيين الحقائق ١٠٧/٢، العناية شرح الهداية ٢١٩/٣-٢٢١، الجوهرة النيرة للعبادي ٥/٢، فتح القدير ٢١٩/٣-٢٢١.

(٨) انظر: المغني ٩٠/٧، انظر: إعلام الموقعين ١٩٠/٣، المقنع ٣٣/٣.

المالكية[١] أن ارتكاب الحرام يحرم الحلال؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم﴾ والنكاح عندهم هو الوطء لا العقد، فمن زنى بامرأة لا يحل لولده ولا ولد ولده ولا أبيه أو جده الزواج بها[٢]، وهو قول عمران بن حصين من الصحابة والشعبي وعطاء بن أبي رباح والحسن البصري وسفيان الثوري[٣].

وعند جمهور الفقهاء يحرم على الرجل نكاح ابنته من الزنا؛ لأنها من مائه، وهي بَضعة منه، وتخلف بعض الأحكام لا ينفي كونها بنتًا له كما لو تخلف لاختلاف الدين بينهما، بينما يرى الشافعية في المشهور من المذهب أنها لا تحرم عليه؛ لأنها أجنبية منه ولا تنسب إليه شرعًا ولا يجري التوارث بينهما ولا تلزمه نفقتها كسائر الأجانب. **والبنوة التي تبنى عليها الأحكام هي البنوة الشرعية، وهي منتفية هنا**. وهو قول عبد الملك بن الماجشون من المالكية[٤].

وإن كان الوطء المحرم لواطًا، فجماهير فقهاء المذاهب على أنه لا يحرم النكاح باللواط، فمن ارتكب فاحشة قوم لوط برجل فلا تحرم عليه أمه ولا ابنته[٥]، بينما يرى غالب الحنابلة أن النكاح يحرم به، وهو قول الثوري والأوزاعي[٦] أما الجعفرية ففرقوا إذا كان الفعل قبل العقد أو بعده، فإن كان بعد العقد فلا تحرم ابنة المفعول به أو أخته أو ابنته، وإن كان قبله فيحرم[٧].

---

(١) انظر: المدونة ٢/١٩٧، المنتقى شرح الموطأ للباجي ٣/٣٠٦، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٥/١١٥.

(٢) انظر: المبسوط ٤/٢٠٥.

(٣) انظر: المصنف لابن أبي شيبة ٣/٣١٦ وما بعدها، تفسير القرطبي ٥/١١٤، فتح القدير للشوكاني ١/٦٦٨.

(٤) انظر: تفسير القرطبي ١٣/٦٠، التمهيد لابن عبد البر ٨/١٩١، حاشية الدسوقي ٢/٢٥٠، حاشية ابن عابدين ٣/٢٩، المغني ٧/٩١، المجموع للنووي ١٦/٢١٩.

(٥) انظر: البحر الرائق لابن نجيم ٣/١٠٦، مواهب الجليل شرح مختصر خليل للرعيني ٣/٤٦٣، تحفة المحتاج للهيتمي ٧/٣٠٤، المحلى ٩/١٤٨.

(٦) انظر: المغني ٧/٩١، الإنصاف للمرداوي ٨/١١٩-١٢٠، كشاف القناع ٥/٧٢.

(٧) انظر: العروة الوثقى ٢/٦٠١، اللمعة الدمشقية لمحمد بن مكي ٥/٢٠٣، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام ٢/٢٣٦.

ومما يدخل في القاعدة مسألة اختلاط الحرام المحصور بالحلال غير المحصور، كما لو اختلطت أخته من الرضاعة أو عدة أخوات محصورات بنساء بلدة كبيرة، فلا يلزم اجتناب النكاح، بل له أن ينكح من شاء منهن[1].

ويدخل في القاعدة كذلك معاملة من في ماله حلال وحرام إذا تعذر تمييز الحرام، كاختلاط الأموال المغصوبة أو المقبوضة بعقد محرم كالميسر والربا بمال حلال. فقد أجاز ذلك بعض الصحابة والتابعين. فقد روي أن رجلاً سأل عبد الله بن مسعود – رضي الله عنه- فقال: «إن لي جارًا لا يتورع من أكل الربا، ولا من أخذ ما لا يصلح، وهو يدعونا إلى طعامه، وتكون لنا الحاجة فنستقرضه؟ فقال: أجبه إلى طعامه واستقرضه، فلك المهنأ وعليه المأثم». وسئل النخعي عن الرجل يرث الميراث منه الحلال والحرام، قال: «لا يحرم عليه إلا حرام بعينه»، وعن سعيد بن جبير أنه مر بالعشارين وفى أيديهم شماريخ، فقال: «ناولونا من سحتكم هذا، إنه عليكم حرام ولنا حلال»، وأجاز الحسن البصري أكل طعام العشار والصراف والعامل. وكذلك رويت كراهة هذه المعاملة عن بعض التابعين. فقد روي أنه توفيت مولاة لسالم بن عبد الله بن عمر، كانت تبيع الخمر بمصر فترك ميراثها. وكره سفيان الثوري المال الذى يخالطه الحرام[2].

فالقاعدة كما سبق محل خلاف بين الفقهاء، وقد استند القائلون بالقاعدة إلى بعض القواعد الأخرى كقاعدة «الأصل الإباحة إلا ما ورد الشرع بتحريمه»[3] فقد عدوها دليلاً للقاعدة. أما المخالفون للقاعدة من الفقهاء فقد استندوا إلى قاعدة «الشبهة تعمل عمل الحقيقة في إيجاب الحرمة»[4]؛ فعندهم

---

(١) انظر: المنثور ١/٣٢١، مجموع الفتاوى ٢٩/٢٧٦.

(٢) انظر: شرح البخاري لابن بطال ٣/٥١٠ – ٥١١.

(٣) المغني لابن قدامة ٦/٤٦٢، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٣/٤٨٥، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى: ٦/١٧٩، حاشية الروض لابن قاسم ٤/٣٤.

(٤) المبسوط ٤/٢٠٥. وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "الشبهة ملحقة بالحقيقة في باب الحرمات".

وجود الشبهة يعمل عمل الحقيقة في إثبات التحريم والمنع من الفعل، فمن زنى بامرأة لا يحل له أن يتزوج بابنتها أو أمها لشبهة البعضية[١].

والقاعدة متكاملة في بعض الصور مع قاعدة «المعدوم شرعًا كالمعدوم حسًا»[٢] فالوطء المحرم مثلاً أمر منهي عنه شرعًا فهو كالمعدوم، فلا تثبت به حرمة.

والقاعدة من حيث المعنى تعد استثناءً من قاعدة «إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام» وليست معارضة لها؛ لأن المحكوم به في قاعدة تغليب الحرام هو إعطاء الحلال حكم الحرام تغليبًا واحتياطًا لا صيرورته في نفسه حرامًا[٣] فالأصل تغليب الحرام عند اجتماعه مع الحلال، ومسائل القاعدة استثناءٌ من ذلك الأصل.

ومجال القاعدة هو باب النكاح والرضاع والظهار والمسائل المتعلقة باختلاط الحرام المحصور بالحلال غير المحصور[٤].

أدلة القاعدة:

١- ما روته عائشة رضي الله عنها قالت: «سئل رسول الله ﷺ عن الرجل يتبع المرأة حرامًا أينكح ابنتها؟ أو يتبع الابنة حرامًا أينكح أمها؟ قالت: قال رسول الله ﷺ: «لا يحرم الحرام الحلال، إنما يحرم ما

---

(١) انظر: المبسوط ٢٠٥/٤، ٢٠٦.

(٢) قواعد المقري ٣٣٣/١، إيضاح المسالك ص ١٣٨، الذخيرة للقرافي ٢٨٣/٦، شرح ميارة ٢٢٠/٢، شرح الزرقاني١١٧/١، ٢٤٦، ٨٩/٢، ١٦٤/٦، النوازل للوزاني٢١٤/٢، ١٢٦/٣، قواعد الحصني ٣٧٧/٣.

(٣) انظر: أشباه ابن السبكي ١١٨/١.

(٤) انظر: موسوعة القواعد الفقهية للبورنو ١٠٣/٥، القواعد الفقهية في اجتماع الحلال والحرام وتطبيقاتها المعاصرة لحيي موسى حمد ص١٥٠. رسالة استكمال لمتطلبات درجة الدكتوراة – كلية الدراسات العليا- الجامعة الأردنية.

كان بنكاح حلال»[١] والحديث نص في إعمال القاعدة عند القائلين بها، فلا يثبت بالحرام كالزنا حرمة[٢].

٢- عن عائشة رضي الله عنها: «أن رسول الله ﷺ اشترى من يهودي طعامًا إلى أجل ورهنه درعًا له من حديد»[٣]. ووجه الدلالة: أن اليهود يتعاملون بالربا والبيوع المحرمة وأكثر مالهم منها ومع ذلك عاملهم النبي ﷺ معاملة حلال وهي الشراء. فالمال الحرام لم يحرم المعاملة الحلال. قال الإمام ابن حجر العسقلاني: «وفي الحديث جواز معاملة الكفار فيما لم يتحقق تحريم عين المتعامل فيه وعدم الاعتبار بفساد معتقدهم ومعاملاتهم فيما بينهم واستنبط منه جواز معاملة من أكثر ماله حرام»[٤].

٣- أمر الله تعالى بأخذ الجزية من أهل الكتاب مع علمه - سبحانه - أن أكثر أموالهم أثمان الخمور والخنازير، ويتعاملون بالربا[٥].

تطبيقات القاعدة:

١- من زنى بامرأة لم يحرم عليه نكاحها ولا نكاح أمها أو أختها أو ابنتها، ولم يحرمن كذلك على أبيه ولا على ابنه[٦]؛ لأن الحرام لا يحرم الحلال.

---

(١) رواه الدارقطني ٤/٤٠٠ (٣٦٧٨)، ٤٠١ (٣٦٨٠)، والبيهقي في السنن الكبرى ٧/٢٧٤ (١٣٩٦٥)، (١٣٩٦٦) والطبراني في المعجم الأوسط ٥/١٠٤(٤٨٠٣)، ٧/١٨٣(٧٢٢٤)، كلهم عن عائشة رضي الله عنها، وضعفه ابن الجوزي، والألباني.

(٢) انظر: مختصر المزني ١/١٦٩، المجموع للنووي ١٦/٢٢١، الحاوي الكبير ٩/٢١٤.

(٣) رواه البخاري ٣/٥٦، ٦٣، ٧٧، ٨٦، ١١٥، ١٤٢ (٢٠٦٨) (٢٠٩٦) (٢٢٠٠) (٢٢٥١) (٢٢٥٢) (٢٣٨٦) (٢٥٠٩)، ومسلم ٣/١٢٢٦ (١٦٠٣)/(١٢٦) واللفظ له..

(٤) فتح الباري ٥/١٤١.

(٥) انظر: شرح صحيح البخاري لابن بطال ٣/٥١١.

(٦) انظر: تفسير القرطبي ١٢/١٧٠ وما بعدها، السنن الكبرى للبيهقي ٧/١٥٤، ١٥٥، المجموع للنووي ١٦/٢١٩، الحاوي الكبير ٩/٢١٥.

٢- نكاح المراة الخامسة بعد الأربع محرم لكنه لا يحرم الأربع اللاتي قبلها. ونكاح الأخت الأخرى محرم ولا يحرم الأخت الأولى[١]؛ لأن الحرام لا يحرم الحلال.

٣- إذا ظاهر الرجل من امرأته فقال: أنت علي كظهر فلانة، ويقصد أم امرأة زنى بها فإنه لا يكون مظاهرًا؛ لأن الحرام لا يحرم الحلال[٢].

٤- إذا ارتكب فاحشة قوم لوط برجل فلا تحرم عليه ابنة الرجل أو أخته أو أمه[٣]؛ لأن ارتكاب الحرام لا يحرم الحلال..

٥- إذا كان الثوب منسوجًا من حرير وكتان وكانا على السواء؛ أو كان الكتان أكثر، فلا يحرم لبسه[٤]؛ لأن الحرام لا يحرم الحلال.

٦- إذا علم وجود بضاعة مسروقة أو مغصوبة في سوق من الأسواق فلا يحرم البيع والشراء في السوق ولا يلزم الامتناع عنهما إلا إذا تميز الحرام[٥]؛ لأن الحرام المحصور لا يحرم الحلال غير المحصور.

٧- إذا اختلط ملكه بملك غيره وعسر التمييز كما إذا اختلطت حمامة واحدة للغير بحمامه فلا يحرم عليه البيع أو الشراء أو الذبح[٦]؛ لأن اختلاط الحرام المحصور بالحلال غير المحصور لا يحرم الحلال.

---

(١) انظر: شرح سنن ابن ماجه للسيوطي وغيره ١/١٤٥.

(٢) انظر: العناية شرح الهداية ٤/٢٤٦، فتح القدير ٤/٢٤٥.

(٣) انظر: العروة الوثقى٢/٦٦٤.

(٤) انظر: أشباه السبكي ١/٣٨٠.

(٥) انظر: إحياء علوم الدين ٢/١٢٥، المنثور ١/٣٢١، أشباه ابن نجيم ١/٩٧، مجموع الفتاوى ٢٩/٣٧٦.

(٦) انظر: أشباه السبكي ١/١١٩، ٣٨٠-٣٨١.

٨- إذا علم شخص أن في سوق اللحم ميتة لا يعرف عينها فلا يحرم عليه شراء اللحم[١]؛ لأن الحرام المغمور لا يحرم الحلال غير المحصور.

للباحث/ فتحي السروية

* * *

(١) انظر: مجموع الفتاوى ٢٩/٢٧٦.

رقم القاعدة: ٣٤٠

نص القاعدة: إذا اجْتَمَعَ الحلالُ والحَرَامُ غُلِّبَ الحَرَامُ[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- إذا اجتمع الحلال والحرام رجح الحرام[٢].
٢- يغلب الحرام على الحلال[٣].
٣- تغلب جهة الحرمة على جهة الحل احتياطًا[٤].
٤- المحرم مقدم[٥].
٥- المشتبه فيه يؤخذ فيه الأحوط وهو التحريم[٦].
٦- إذا اختلط الحرام بالحلال والتميز غير ممكن يحرم الكل[٧].
٧- إذا استوى الحلال والحرام يغلب الحرام الحلال[٨].

---

(١) الحجة للشيباني ٣/٣٢٩، الأشباه للسيوطي ١/١٠٥، نظرية التقعيد الفقهي للدكتور محمد الروكي ص١٩٣- ١٩٥، تقريرات البحراوي ١/١٠١-أ، ذخيرة الناظر للطوري ١/١٧٣- ب، إيضاح القواعد للحجي ص٤٥، وبلفظ: إذا اختلط الحرام بالحلال غلب الحرام عليه، معارج الآمال للسالمي ٢/٤٩٩.
(٢) حاشية الطحطاوي ١/١٠٠.
(٣) انظر: نهاية المحتاج للرملي ٢/٤٨٠.
(٤) البناية للعيني ١١/٥٥٣.
(٥) تكملة البحر للطوري ٨/٢٢٥.
(٦) البيان لابن رشد الجد ١/٤٦٣.
(٧) البناية للعيني ١١/٥٥٢.
(٨) المبسوط للسرخسي ٣/١٥٧. ووردت فيه بلفظ عند المساواة يغلب الحرام شرعًا ١٠/١٩٧.

صيغ ذات علاقة :

١- الغالب كالمحقق[١]. (أعم في بعض مضامينها).

٢- الأقل يتبع الأكثر[٢]. (أعم).

٣- الشبهة تعمل عمل الحقيقة فيما هو مبني على الاحتياط[٣]. (أعم).

٤- درء المفاسد مقدم على جلب المصالح[٤]. (أعم).

٥- العقدة إذا جمعت حلالاً وحرامًا غلب جانب الحرمة وبطلت كلها[٥]. (فرع).

٦- إذا تعارض المانع والمقتضي قدم المانع[٦]. (أعم).

٧- إذا اجتمع المبيح والمحرم يغلب المحرم[٧]. (الاشتراك في المعنى).

٨- الحظر أحوط[٨]. (تعليل).

شرح القاعدة :

معنى القاعدة : أن الحرام والحلال إذا اجتمعا معًا - أي اختلطا - أخذ الجميع حكم الحرام. واجتماعهما له صورتان:

---

(١) مواهب الجليل للحطاب ١/١٣٨، وانظرها في قسم القواعد الفقهية.

(٢) البناية للعيني ١١/٥٣٠، وانظرها في قسم القواعد الفقهية.

(٣) المبسوط للسرخسي ١٧/٩٩، وانظرها في قسم القواعد الفقهية.

(٤) الكليات الفقهية لابن غازي ١/١٩٢، إجابة السائل للأمير الصنعاني ص ١٩٨، السيل الجرار للشوكاني ١/١٤٩، وانظرها في قسم القواعد المقاصدية.

(٥) شرح مختصر خليل للخرشي ٣/٢٢٥.

(٦) الأشباه والنظائر للسيوطي ص١١٥، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص١١٧، وانظرها في قسم القواعد الفقهية.

(٧) البناية للعيني ١١/٦٢١.

(٨) التبصرة للشيرازي ٣/٤٨٤، وانظرها في قسم القواعد الأصولية بلفظ: "التحريم يحتاط له".

الصورة الأولى : أن يجتمعا في شيء واحد، ككونه حلالاً باعتبار حرامًا باعتبار آخر، ومن صيغ القاعدة ما يعبر عن هذه الصورة كقولهم: «إذا اجتمع الحل والحرمة في المحل يترجح جانب الحرمة في الابتداء والانتهاء»[1]. وهذا يدخل فيما سُمي على لسان الشرع بالمشتبهات، فقد جاء في الحديث الصحيح قول النبي ﷺ «الحلال بيّن والحرام بيّن وبينهما أمور مشتبهات....»[2]، فالمشتبهات هي التي تتجاذبها وتتنازعها الحرمة والحل، فقد يفتي بعض الفقهاء في شيء بالحرمة لما قام عندهم من أدلتها، ويفتي غيرهم بالحل لما قام عندهم من أدلته، فيكون هذا الشيء متأرجحًا بين الحرمة والحل، والأحوط حينئذ تغليب الحرمة على الحل، وهذا مما تدل عليه القاعدة. ومثل ذلك: أن تتعارض عند الفقيه في شيءٍ أدلة تحريمه مع أدلة تحليله، فيكون الأحوط هو تغليب جانب التحريم.

وتغليب الحرام على الحلال في هذه الصورة مقيد بوجود الاشتباه كما تبيّن، وقد روعي ذلك في بعض صيغ القاعدة التي نصها: «المشتبه فيه يؤخذ فيه بالأحوط وهو التحريم».

الصورة الثانية : لاجتماع الحرام والحلال: أن يجتمعا في شيئين، بأن يختلط شيء حرام بشيء حلال، كاختلاط لحم مذكاةٍ بلحم ميتةٍ، فتغلب الحرمة على الحل أيضًا خشية الوقوع في الحرام. والتغليب هنا في هذه الصورة مقيد بثلاثة قيود[3] :

١- وجود الاشتباه كما تقدم في الصورة السابقة، أما إذا انعدم الاشتباه

---

(١) المبسوط للسرخسي ٦/ ٩٠.

(٢) رواه البخاري ١/ ٢٠ (٥٢)، ٣/ ٥٣ (٢٠٥١)، ومسلم ٣/ ١٢١٩ - ١٢٢٠ (١٥٩٩)/(١٠٧)، من حديث النعمان بن بشير رضي الله عنه.

(٣) مراعاة هذه القيود تغنينا عن إيراد استثناءات من القاعدة، لأن ما أورده الفقهاء من هذه الاستثناءات كله مبني على إطلاق القاعدة وعدم تقييدها بالقيود الآتي بيانها.

كاختلاط حلال بحلال، أو حرام بحرام، فالحكم واضح، وهذا القيد مفهوم من بعض صيغ القاعدة كقولهم: «متى اشتبه المباح بالمحظور غلب الحظر»[١] وذلك لأن الحرام مما يحتاط له، ومن الاحتياط له تغليبه على الحلال في المشتبه فيه الدائر بينهما، والشبهة عند الفقهاء معتبرة في كل ما ينبني على الاحتياط، ومن قواعدهم في ذلك: أن الشبهة تعمل عمل الحقيقة فيما هو مبني على الاحتياط. والحرام مما هو مبني على الاحتياط[٢].

٢- تعذر التمييز بين الحرام والحلال. أما إذا أمكن التمييز بينهما فالحرام حرام والحلال حلال، اجتمعا أو افترقا، وقد نص على هذا القيد في بعض صيغ القاعدة كما في الصيغة السادسة: «إذا اختلط الحرام بالحلال والتمييز غير ممكن يحرم الكل»[٣] فمفهوم هذه الصيغة أنه إذا أمكن التمييز أخذ كل من المختلطين حكمه الأصلي، فيبقى الحلال على حليته، والحرام على حرمته، ولا يحكم بالتغليب.

٣- أن لا يكون الحرام قليلاً: فتغليب الحرام على الحلال عند اجتماعهما واختلاطهما إنما يصار إليه احتياطًا إذا كان الحرام كثيرًا أو مساويًا للحلال، أما إذا كان قليلاً وكان الحلال كثيرًا فإنه حينئذ يغلب الحلال على الحرام، لأن الحكم للغالب، ولأن الأقل يتبع الأكثر، وقد مَثَّل بعض الفقهاء لقاعدة «اختلاط الحلال بالحرام باختلاط المائع الطاهر بالنجس»[٤] ومعلوم أن قليل النجاسة لا ينجس الماء الطاهر الكثير، لأنها لقلتها تستهلك فيه لكثرته، وهذا ما يسميه الفقهاء بالاستحالة

(١) التبصرة للشيرازي ٣/٤٨٤.
(٢) المبسوط للسرخسي ١٧/٩٩.
(٣) البناية للعيني ١١/٥٥٢.
(٤) انظر: القواعد النورانية لابن تيمية ١/٩٠.

عن طريق الاستهلاك والمكاثرة[١]، فحكم اختلاط عينٍ محرمةٍ قليلةٍ بعينٍ حلالٍ كثيرةٍ كحكم اختلاط قليل نجاسة بكثيرٍ طاهرٍ[٢]، أيهما كان غالبًا فالحكم له، وقد ورد ما يعبر عن ذلك من صيغ القاعدة كقولهم: «إذا اختلط الحلال بالحرام والحلال غالب يحتج بشهادة القلب»[٣]. والمراد بشهادة القلب استفتاؤه عملاً بقول النبي ﷺ: «استفت قلبك، البر ما اطمأنت إليه النفس، واطمأن إليه القلب، والإثم ما حاك في النفس، وتردد في الصدر، وإن أفتاك الناس وأفتوك»[٤].

وإذًا، فإذا اختلط الحرام بالحلال فإنه يغلب الكثير منهما على القليل، وإذا استويا غلب الحرام على الحلال، كما جاء في الصيغة السابقة «إذا استوى الحلال والحرام يغلب الحرام الحلال» وذلك لأن الحرام هنا ليس بقليل، والحد الفاصل بين القليل والكثير عند بعض الفقهاء هو الثلث، فما دونه قليل، وما فوقه كثير، والثلث في حد ذاته شركة بينهما، ولذلك قالوا فيه: إنه نهاية القليل وبداية الكثير[٥] والأحوط أن يعتبر كثيرًا كما وصفه النبي ﷺ في قوله لسعد بن أبي وقاص: «الثلث والثلث كثير...»[٦] والمفهوم من كلام الحنفية أن القليل ما

---

(١) المراد بالاستحالة عند الفقهاء انقلاب عين النجاسة إلى عين أخرى، كانقلاب الخمر إلى خل، والميتة إلى ملح بفعل مكثها زمنًا طويلاً في ملاحة... ومما تقع به الاستحالة المكاثرة والاستهلاك كأن يسقط قليل نجاسة في كثير ماء طاهر. انظر: مجموع فتاوى ابن تيمية ١٨/٥.

(٢) انظر: القواعد النورانية لابن تيمية ٩٠/١، العقد الثمين للسالمي ٣٢٢/١.

(٣) الأسرار للدبوسي ٨٩٨/١.

(٤) رواه أحمد ٢٢٨/٤ (١٨٠٣٥)، والدارمي ٣٢٠/٢ (٢٥٣٣) والطبراني في الكبير ١٤٧/٢٢، وقال الهيثمي في المجمع ٢٩٤/١٠ رواه الطبراني وأحمد، ورجال أحد إسنادي الطبراني ثقات.

(٥) انظر: "النظائر" لأبي عمران الفاسي تحقيق عبد الحق احمتي ص ٢٠٢.

(٦) رواه البخاري ١٧٨/٥ (٤٤٠٩) وفي مواضع أخر، ومسلم ١٢٥٠/٣-١٢٥١ (١٦٢٨).

دون الربع، ومن قواعدهم في ذلك: أن الربع يقوم مقام الكل[١].

وواضح من هذا القيد أن قاعدة اجتماع الحلال والحرام داخلة في دائرة قواعد التابعية والمتبوعية، لأن تغليب أحدهما على الآخر معناه: تبعية الأقل المغلوب للأكثر الغالب، في الحكم؛ فإذا غُلِّب الحرام كان الحلال تابعًا له، وإذا غلب الحلال لكثرته كان الحرام تابعًا له.

وقد ورد في بعض صيغ القاعدة قيد آخر هو أن لا تدعو الضرورة إلى الحرام المختلط بالمباح، ومنها قولهم: «إذا اشتبه المباح بالمحرم فيما لا ضرورة إليه فيحرم الكل»[٢] وهو تحصيل حاصل، لأن المحرم إذا اضطر إليه المكلف صار مباحًا لقيام الضرورة إليه عملاً بقاعدة: «الضرورات تبيح المحظورات»: فهو قيد عام في استباحة المحرم، اختلط بالحلال أو لم يختلط.

ومجال تطبيق هذه القاعدة واسع، فقد أعملها الفقهاء في العبادات والعادات والمعاملات كما سيتضح من خلال التطبيقات، فهي من القواعد الكبيرة التي أخذت بها المذاهب الفقهية في الجملة[٣].

وكما أعملها الفقهاء فيما ذكر، فقد أعملها علماء أصول الفقه في التعارض والترجيح بين الأدلة، واشتهرت عندهم بصيغ أصولية منها قولهم: «إذا ورد خبران أحدهما حاظر والآخر مبيح فالحظر أولى» وقولهم: «إذا اجتمع المبيح والمحرم يغلب المحرم» فهي من القواعد المشتركة بين الفقه والأصول، إلا أنها استعملت في كل مقام من المقامين بما يناسبه من الصيغ.

---

(١) تقريرات البحراوي ١/٩٠- ب، التحقيق الباهر لهبة الله أفندي ٤٦/٢، وانظر: حاشية الطحطاوي ١٩٢/١، الاختيار للموصلي ٣١/١، ٣٩، ٤٦، اللباب للميداني ٢٠٠/١، حاشية ابن عابدين ٤٤٤/١، واعتبار الربع كالكل مقيد عندهم بما كان من الأحكام في باب الاحتياط، لذلك وردت عند السرخسي بصيغة "وللربع حكم الكل في أحكام الشرع في موضع الاحتياط" المبسوط ٨٠/١.

(٢) انظر: المغني لابن قدامة ١٩٩/٩.

(٣) انظر: المصادر المحال عليها في نص القاعدة وصيغها الأخرى.

أدلة القاعدة :

١- حديث النعمان بن بشير أن النبي ﷺ قال: «إن الحلال بيِّن وإن الحرام بيِّن وبينهما أمور مشتبهات لا يعلمهن كثير من الناس، فمن اتقى الشبهات استبرأ لدينه وعرضه، ومن وقع في الشبهات وقع في الحرام»[١].

ووجه الاستدلال أن النبي ﷺ جعل اتقاء الشبهات استبراء للدين والعرض أي حفظًا لهما، وجعل الوقوع في الشبهات وقوعًا في الحرام، والشبهات هي ما دار بين الحلال والحرام، فدل ذلك بمنطوقه ومفهومه على أن الحرام إذا اختلط بالحلال من غير تمييز أحدهما عن الآخر صار ذلك شبهة ينبغي اتقاؤها والاحتياط منها حفظًا للدين والعرض[٢].

٢- عن الحسن بن علي سبط رسول الله ﷺ قال: «حفظت من رسول الله ﷺ: «دع ما يريبك إلى ما لا يريبك»[٣] واختلاط الحرام بالحلال شبهة تورث الارتياب فوجب الترك احتياطًا. وذلك لأن ما يريب قد يكون حرامًا، فتركه واجب، وفعله محرم. وقد يكون مباحًا فتركه جائز، وفعله جائز. فترك ما يريب دائر بين الوجوب والجواز، أمَّا فعل ما يريب فدائر بين الحرمة والجواز، لذلك وجب تركه بالأمر بترك ما يريب»[٤].

٣- عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «ما نهيتكم عنه فاجتنبوه»[٥]. وجه الاستدلال: أن الحرام مطلوب الترك فإذا اختلط بالحلال وتعذر التمييز بينهما

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) انظر: جامع العلوم والحكم لابن رجب ص٢٠٤.

(٣) رواه أحمد٣/٢٤٩ (١٧٢٣)، والترمذي ٤/٦٦٨(٢٥١٨)، والنسائي ٨/٣٢٧ - ٣٢٨ (٥٧١١)، وابن حيان ٢/٤٩٨ (٧٢٢) من حديث الحسن بن علي بن أبي طالب رضي الله عنهما، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

(٤) انظر: نهاية الوصول لصفي الدين الهندي ٩/٣٧٢٧.

(٥) رواه البخاري ٩/٩٤-٩٥ (٧٢٨٨)، ومسلم ٢/٩٧٥ (١٣٣٧)، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

وجب ترك الجميع، لأنه لا سبيل إلى ترك الحرام إلا بذلك وقد قال عمر رضي الله عنه: «كنا ندع تسعة أعشار الحلال مخافة أن نقع في الحرام»[(١)].

٤- استدل الفقهاء أيضًا بحديث: «ما اجتمع الحلال والحرام إلا غلب الحرام الحلال وهو ضعيف»[(٢)].

٥- لأن ترك الحرام واجب، وترك الحلال جائز، وغاية ما في تغليب الحرام على الحلال عند اجتماعهما: ترك الحلال مع جواز فعله، وترك الحلال لا مفسدة فيه، بينما فعل الحرام فيه مفسدة، فتغليب الحرام على الحلال هو الأحوط[(٣)].

تطبيقات القاعدة:

١- إذا كانت الشجرة بين الحل والحرم حرم قطعها تغليبًا للحرمة[(٤)].

٢- إذا رمى في الحل صيدًا بعضه في الحرم ضمنه تغليبًا للحرمة، وكذا لو رمى في الحرم صيدًا بعضه في الحل[(٥)].

٣- إذا اختلطت غنم مذبوحة بميتة، وكانت المذبوحة أكثر، تحرى وأكل وإلا فلا[(٦)].

---

(١) ذكره الغزالي في الإحياء ٢/٩٥-٩٦، والذهبي في الكبائر ص١٣١، وابن حجر الهيتمي في الزواجر ١/١٩٦، وقد رواه عبد الرزاق في مصنفه ٨/١٥٢(١٤٦٨٣) بلفظ: "تركنا تسعة أعشار الحلال مخافة الربا ".

(٢) قال الزركشي في المعتبر في تخريج أحاديث المنهاج والمختصر ص٢٥٠(٣٢٩):لا يعرف مرفوعًا اهـ وقد رواه عبد الرزاق ٧/١٩٩ (١٢٧٧٢) موقوفًا على ابن مسعود رضي الله عنه، وقال البيهقي في سننه الكبرى ٧/١٦٩، رواه جابر الجعفي عن الشعبي عن ابن مسعود، وجابر ضعيف والشعبي عن ابن مسعود منقطع.

(٣) انظر: التحبير للمرداوي ٨/٤١٨٢.

(٤) انظر: نهاية المحتاج للرملي ٢/٣٥٣، التاج المذهب للعنسي ١/٢٨٦.

(٥) انظر: نهاية المحتاج للرملي ٢/٣٤٩، البحر الزخار لابن المرتضى الزيدي ٣/٣١٦.

(٦) انظر: الدر المختار للحصكفي وحاشية ابن عابدين رد المحتار (٦/٧٣٦).

٤- إذا التبست أجنبية بأخت من الرضاع حرمتا معًا تغليبًا للحرام على الحلال[١].

٥- إذا كان للمسجد منارة تطل على الدور المجاورة لم يجز للمؤذن أن يصعد فيها ويرقى عليها، لما في ذلك من الاطلاع على حرم الناس وهو محظور، فيغلب على الصعود مع جوازه[٢].

٦- الحيوان المتولد من حيوانين: مباحٍ ومحرمٍ، يحرم أكله تغليبًا للحرمة[٣].

٧- يجوز للمحدث أن يمس التفسير إذا كان أكثر من القرآن أو مساويًا، ولا يجوز إن كان أقل[٤].

٨- من التطبيقات المعاصرة أن الحيوان المحصل عليه عن طريق الاستنساخ والتعديل الجيني إذا اشتمل على جينات حيوان محرم حُرِّم أكله تغليبًا للحرام. كما لو تم التعديل الجيني بين خروف وخنزير، فإنه يعتبر في حكم الخنزير[٥].

٩- لا يجوز شراء أسهم من شركة تتاجر في مواد نصفها حرام ونصفها حلال، تغليبًا للحرام على الحلال.

١٠- لا يجوز استثمار المال في شركة تودع شطر رأس مالها في البنوك بالفوائد الربوية، تغليبًا للحرام.

د. محمد الروكي

* * *

(١) انظر: نفائس الأصول للقرافي ١/١٧٣، التحقيق الباهر لهبة الله أفندي ١/٣٩٤-٣٩٩.
(٢) انظر: البيان والتحصيل لابن رشد ١٨/٤١٢.
(٣) انظر: المنثور للزركشي ١/٣٣٧.
(٤) الأشباه للسيوطي ١/١٠٧-١٠٨.
(٥) الاستفـادة من الهندسـة الوراثية في الحيوان والنبات وضوابطها الشرعية للدكتور محمد الروكي ص٢٢٤، بحث منشور ضمن أعمال ندوة "الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني – رؤية إسلامية" المنعقدة في الكويت في الفترة من ٢٣- ٢٥ جمادى الآخرة ١٤١٩هـ.



رقم القاعدة: ٣٤١

نص القاعدة: الِاجْتِهَادُ لَا يُنْقَضُ بِمِثْلِهِ[(١)].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد[(٢)].

٢- ما أمضي بالاجتهاد لا ينقض باجتهاد مثله[(٣)].

٣- الأصل أنه إذا مضى بالاجتهاد لا يفسخ باجتهاد مثله، ويفسخ بالنص[(٤)].

---

(١) المبسوط للسرخسي ١٠/١٩٤، البحر الرائق لابن نجيم ٧/١٠، البيان للعمراني ٢/١٤٢، أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٤/٢٩٤، ترتيب اللآلئ لناظر زاده ١/٢٤٧، قواعد الفقه للمجددي ص ٥٤، شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ١٥٥، المدخل الفقهي العام للزرقا ٢/١٠١٧، البحر الزخار للمرتضى ٢/١٢٣. ووردت في قواعد الحصني ٣/٣٣٨ بلفظ: "لا ينقض الاجتهاد بمثله". ووردت في المبسوط للسرخسي ١/٢١٦ بلفظ: "الاجتهاد لا ينقض باجتهاد مثله".

(٢) المنثور للزركشي ١/٩٣، أشباه السيوطي ص ١٠١، أشباه ابن نجيم ص ٨٩، الفرائد البهية لمحمود حمزة ص ١٥، الذخيرة للقرافي ١٠/٢٨١، مواهب الجليل للحطاب ١/٥٠٨، الحاوي للماوردي ٢/٧٢، ٨٥، المجموع للنووي ١/٧٩، الفتاوى الفقهية الكبرى لابن حجر الهيتمي ٢/٢١١، كشاف القناع للبهوتي ٤/٢٣٨. ووردت في فتاوى السبكي ٢/٥٣٧، مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٦/٣٦٢ بلفظ: "لا ينقض الاجتهاد بالاجتهاد". ووردت في منح الجليل لمحمد عليش ١/٣٣٤ بلفظ: " الاجتهاد لا ينقض الاجتهاد".

(٣) المبسوط للسرخسي ١٠/١٨٨، بدائع الصنائع للكاساني ٧/٦.

(٤) أصول الكرخي مع تأسيس النظر ص ١٧١، قواعد الفقه للمجددي ص ٢٠.

٤- الاجتهاد لا ينقض حكمًا نفذ بالاجتهاد[١].

٥- يجب العمل بالاجتهاد فيما يستقبل من غير نقض ما قبله[٢].

٦- نقض الاجتهاد بالاجتهاد ممتنع[٣].

قواعد ذات علاقة :

١- الشيء لا ينقضه ما هو مثله أو دونه، وينقضه ما هو فوقه[٤]. (أعم).

٢- الحاكم إذا قضى في المجتهد فيه بشيء فليس لمن بعده من الحكام أن يبطل ذلك[٥]. (أخص).

٣- حكم الحاكم في مسائل الاجتهاد يرفع الخلاف[٦]. (تلازم).

٤- لا معتبر بالاجتهاد بعد اليقين[٧]. (مقيِّدة).

٥- حكم الاجتهاد ينتقض إذا تبين فيه الخطأ[٨]. (مقيِّدة).

٦- الدعوى متى فصلت مرة بالوجه الشرعي لا تنقض ولا تعاد[٩]. (أخص).

---

(١) الحاوي الكبير للماوردي ٢/٨٠.

(٢) انظر: الهداية للمرغيناني ١/٤٧، اللباب في شرح الكتاب للميداني ١/٦٨.

(٣) نهاية الوصول لصفي الدين الهندي ٩/٣٨٨١.

(٤) المبسوط للسرخسي ١٦/١٧٩.

(٥) شرح السير الكبير للسرخسي ٣/٨٩٣. ووردت في الجمع والفرق لأبي محمد الجويني ٢/٢٣ بلفظ: " الحاكم إذا أمضى الحكم بالاجتهاد لم يجز له نقض الاجتهاد بالاجتهاد ".

(٦) الفروق للقرافي ٢/١٠٣. ووردت في المنثور للزركشي ٢/٦٩ بلفظ: "حكم الحاكم في المسائل المختلف فيها يرفع الخلاف ".

(٧) المبسوط للسرخسي ٣/٣٦.

(٨) المعيار المعرب للونشريسي ٢/٢٠٩.

(٩) العقود الدرية في تنقيح الحامدية لابن عابدين ١/٢١٤.

شرح القاعدة:

الاجتهاد في اللغة: بذل الوسع والمجهود[١].

وهو في عرف «الأصوليين». والفقهاء: مخصوص ببذل المجهود في العلم بأحكام الشرع[٢].

والمقصود بالاجتهاد في القاعدة ما هو أعم وأشمل من المعنى الاصطلاحي، فهو يتضمن ثلاثة أنواع[٣]:

الأول: اجتهاد المجتهد في المسائل الظنية لتحصيل حكم شرعي فيها عن طريق القواعد والأصول الشرعية، وهو الاجتهاد الأصولي.

الثاني: الاجتهاد في الحادثة أو القضية المعروضة على القاضي أو الحاكم إذا كانت من المسائل التي يسوغ فيها الاجتهاد.

الثالث: اجتهاد المكلف عند اشتباه الأمور عليه؛ وذلك كالتحري في القبلة.

والصياغة التي نحن بصددها خاصة بالنوعين الثاني والثالث؛ يقول الكرخي: «الأصل: أنه إذا مضى بالاجتهاد لا يفسخ باجتهاد مثله، ويفسخ بالنص. ويقع ذلك في التحري والقضاء في الدعاوى»[٤].

ومعنى القاعدة: أن من اجتهد في واقعة اجتهاداً مستوفيًا لشروطه، وأركانه فعمل فيها أو حكم بما أداه إليه اجتهاده، ثم تغير اجتهاده في تلك المسألة، فإن

---

(١) الصحاح للجوهري ٢/٤٦١، لسان العرب لابن منظور ٢/١٣٥، مادة: جهد.

(٢) روضة الناظر لابن قدامة ٢/٣٣٣.

(٣) انظر: شرح المجلة للأتاسي ١/٤٥-٤٦، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه للبورنو ص ٣٨٥، القواعد الفقهية للندوي ص ٤٥١.

(٤) أصول الكرخي مع تأسيس النظر ص ١٧١.

اجتهاده الثاني لا ينقض اجتهاده السابق، ولا يبطل ما بني عليه من عمل أو حكم قضائي، ولكن يتوقف عن الأخذ به في المستقبل، قال السيوطي: « معنى قولهم: «الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد» «أي في الماضي، ولكن يغير الحكم في المستقبل؛ لانتفاء الترجيح الآن، ولهذا يعمل بالاجتهاد الثاني في القبلة، ولا ينقض ما مضى»[١]، وكذلك لو قضى قاض في حادثة باجتهاده، ثم تبدل اجتهاده فإنه لا ينقض الأول، ولكن يعمل بما بدا له فيما يستقبل، ولا فرق في ذلك بين أن يكون اختلافُ الاجتهاد الثاني من المجتهد الأول أو من غيره.

وعدم النقض مقيد بأن يكون الاجتهاد السابق مستوفيًا لشروط الاجتهاد الصحيح، أما إذا اختل بعضها فيه، أو تبين خطأ الأول وبطلانه بيقين فإنه ينقض؛ إذ «لا معتبر بالاجتهاد بعد اليقين»[٢]، قال الآمدي: «وإنما يمكن نقضه بأن يكون حكمه مخالفًا لدليل قاطع من نص أو إجماع أو قياس جلي، ... ولو كان حكمه مخالفًا لدليل ظني من نص أو غيره، فلا ينقض ما حكم به بالظن؛ لتساويهما في الرتبة»[٣]. وبناء على ذلك ينقض الاجتهاد في الحالات التالية:

الحالة الأولى : إذا خالف نصًا صريحًا من الكتاب أو السنة؛ إذ «لا مساغ للاجتهاد في مورد النص»[٤]. إلا أن الحنفية قيدوا مخالفة السنة بالمتواترة والمشهورة[٥].

الحالة الثانية : إذا خالف إجماعًا ثابتًا؛ «لأن المجمع عليه ليس محلاً

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٠٣.

(٢) المبسوط للسرخسي ٣/٣٦.

(٣) الإحكام في أصول الأحكام للآمدي ٤/٢٠٣.

(٤) الدرر شرح الغرر للملا خسرو ٢/١٦٨، درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١/٣٢.

(٥) انظر: فواتح الرحموت لعبد العلي الأنصاري ٢/٣٩٥، تبيين الحقائق للزيلعي ٤/١٨٨، العناية شرح الهداية للبابرتي ٧/٣٠٥.

للاجتهاد»[١]، ويكون هذا من قبيل نقض الفاسد بالصحيح، وقيده الحنابلة بالإجماع القطعي[٢] وذهب الشافعية إلى أن: «ما خالف المذاهب الأربعة فهو كالمخالف للإجماع»[٣]. وهو ما قرره ابن نجيم من الحنفية[٤].

الحالة الثالثة: ينقض الاجتهاد بالقياس الجلي عند المالكية وجمهور الشافعية[٥].

الحالة الرابعة: إذا خالف القواعد الكلية، وهذا ما نص عليه المالكية والشافعية[٦].

وقد نظم بعضهم هذه المواضع التي ينقض فيها حكم الحاكم؛ فقال[٧]:

إذا قضى حاكم يومًا بأربعـــة فالحكم منتقض من بعد إبرام

خلاف نص وإجماع وقاعدة ثم قياس جلي بدون إبهـــــام

وفي الجملة فإن الحكم ينقض إذا تبين خطؤه؛ إذ «لا عبرة بالظن البيِّن خطؤه»[٨]، والخطأ لا يعدو مواطن ثلاثة[٩]؛ قال السبكي: «وإنما ينقض حكم

---

(١) شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٣/٥٠٨.

(٢) انظر: الإنصاف للمرداوي ١١/٢٢٤، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٣/٥٠٨.

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٠٥، إيضاح القواعد الفقهية للّحجي ص ٥٣، تحفة المحتاج للهيتمي ١٠/١٤٤.

(٤) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٩٢.

(٥) انظر: الإحكام للآمدي ٤/٢٠٣، البحر المحيط للزركشي ٨/٣١٤، شرح تنقيح الفصول للقرافي ص ٤٤١، شرح مختصر خليل للخرشي ٧/١٦٣، روضة الطالبين للنووي ١١/١٥٠.

(٦) انظر: قواعـد الأحكام للعز بن عبد السلام ٢/٦٨، الفروق للقرافي ٢/١٠١، الشرح الكبير للدردير ٤/١٥٣، فتاوى السبكي ١/٣٦٩.

(٧) إيضاح المسالك للونشريسي ص ٦٧، قاعدة: ١١، شرح المنهج المنتخب للمنجور ١/١٤٩.

(٨) المنثور للزركشـــي ٢/٣٥٣، الأشبـــاه والنظائر للسيوطي ص ١٥٧، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٣٤، شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٣٥٧.

(٩) الأشباه والنظائر للسبكي ١/٤٠٦.

الحاكم لتبين خطئه، والخطأ قد يكون في نفس الحكم بكونه خالف نصًا أو شيئًا مما تقدم، وقد يكون الخطأ في السبب؛ كأن يحكم ببينة مزورة ثم يتبين خلافه، فيكون الخطأ في السبب، لا في الحكم، وقد يكون الخطأ في الطريق، كما إذا حكم ببينة ثم بان فسقها»[(١)].

وهذا إذا وقع ذلك في حكم الحاكم، أما من تيقن الخطأ في مسائل التحري في القبلة ونحوها، كما لو صلى بالاجتهاد والتحري في موضع لا يتمكن فيه من معرفة القبلة فهل تلزمه الإعادة أو القضاء أم لا؟ فذهب الجمهور من الحنفية[(٢)] والمالكية[(٣)] والحنابلة[(٤)] والشافعية في قول إلى عدم اللزوم[(٥)]؛ وذلك للخبر الوارد في ذلك[(٦)]؛ و«لأن التكليف مقيد بالوسع، وليس في وسعه إلا التوجه إلى جهة التحري»[(٧)]، و«لا إعادة على أحد فعل ما أمر به بحسب الاستطاعة»[(٨)]، وذهب الشافعية في المعتمد عندهم إلى وجوب الإعادة أو القضاء[(٩)]، وذلك «لأنه تعين له يقين الخطأ فيما يؤمن مثله في القضاء[(١٠)]، فوجب أن لا يعتد بما فعله، كالحاكم إذا حكم بحكم، ثم وجد النص بخلافه»[(١١)].

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٠٥.
(٢) انظر: الهداية للمرغيناني ٤٧/١، الاختيار لتعليل المختار للموصلي ٤٧/١، الجوهرة النيرة للحدادي ٤٩/١.
(٣) انظر: الفواكه الدواني للنفراوي٢٩٩/١، كفاية الطالب الرباني لأبي الحسن المالكي ٣٣١/١-٣٣٢، الثمر الداني للآبي الأزهري ص ١٨٨. ولكن يستحب عندهم أن يعيد في الوقت.
(٤) انظر: المغني لابن قدامة ٢٦٨/١، المبدع لابن مفلح ٣٦٤/١، الإنصاف للمرداوي ١٧/٢، كشاف القناع للبهوتي ٣١١/١-٣١٢.
(٥) انظر: المهذب للشيرازي ١٣١/١، البيان للعمراني ١٤٣/٢.
(٦) انظر: نص الحديث في فقرة الأدلة.
(٧) تبيين الحقائق للزيلعي ١٠٢/١.
(٨) مجموع الفتاوى لابن تيمية ٤٢٩/٢١.
(٩) انظر: المجموع للنووي ٢٠٧/٣، مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٣٣٨/١.
(١٠) أي أن تكرر الخطأ في القضاء غير متصور بعد تبين القبلة بيقين.
(١١) المهذب للشيرازي ١٣١/١، البيان للعمراني ١٤٤/٢.

وهذه القاعدة محل اتفاق عند عامة الفقهاء في حالة اقتران الاجتهاد بالحكم؛ قال الزركشي: «اتفق العلماء على أنه لا ينقض حكم الحاكم في المسائل المجتهد فيها، وإن قلنا المصيب واحد؛ لأنه غير متعين»[١]، لكن ابن الحاجب حكى فيها خلافًا عند المالكية[٢]. فقال: «فلو حكم قصدًا فظهر أن غيره أصوب فقال ابن القاسم يفسخ الأول، وقال ابن الماجشون وسحنون: لا يجوز فسخه، وصَوَّبه الأئمة كابن محرز»[٣]. ونصره الونشريسي بقوله: «وهذا المذهب أقوى من الأول؛ لأنه لو كان له أن يفسخ الحكم لرأي رآه لأمكن أن يرجع عن الذي استحدثه إلى رأي سواه، إلى ما لا نهاية له، وذلك ضرر شديد»[٤]. إلا أن الخلاف محصور عندهم بتغير اجتهاد القاضي نفسه، دون غيره؛ قال خليل: «ونَقَضَهُ هو فقط، إن ظهر أن غيره أصوب»[٥]، وزاد الحطاب قيدًا فقال: «ما دام على ولايته التي حكم فيها بذلك الحكم»[٦].

أما قبل أن يتصل بالاجتهاد حكم حاكم، فالجمهور على أن من تغير اجتهاده يلزمه العمل بالاجتهاد الثاني، ونقض اجتهاده الأول، لأنه يظن الآن أن

---

(١) المنثور للزركشي ٩٣/١. وانظر: الإحكام للآمدي ٢٠٣/٤، جمع الجوامع مع شرح الجلال المحلي ٤٣٠/٢، غمز عيون البصائر للحموي ٣٢٥/١.

(٢) ولذلك اشتهرت القاعدة عندهم بالصيغة الاستفهامية منبئة عن ذلك الخلاف: "الظن هل يُنْقَض بالظن أم لا؟". إيضاح المسالك للونشريسي ص٦٠، شرح المنهج المنتخب للمنجور ١٤٦/١، شرح اليواقيت الثمينة للسجلماسي ٢٣٠/١. لكنها قد وردت عندهم أحيانًا بصيغة جازمة أيضًا، كما في الذخيرة للقرافي ٢٨١/١٠، مواهب الجليل للحطاب ٥٠٨/١ بلفظ: "الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد".

(٣) جامع الأمهات لابن الحاجب ص ٤٦٥. مع أنه نقل الإجماع عليها في مختصره الأصولي. انظر: منتهى الوصول لابن الحاجب ص ٢١٦، شرح المنهج المنتخب للمنجور ١٤٧/١.

(٤) المعيار المعرب للونشريسي ٣٠٢/٩.

(٥) مختصر خليل ص ٢٢٠.

(٦) مواهب الجليل للحطاب ١٣٨/٦. وخالف في ذلك الخرشي في شرحه على خليل ١٦٦/٧ فقال: "وسواء كان باقيًا على ولايته، أو عزل ثم ولي مرة أخرى"، لكن رجح العدوي في حاشيته على الخرشي ١٦٦/٧ قول الحطاب. وانظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٥٦/٤.

اجتهاده الأول خطأ، والعمل بالظن واجب، قال السيوطي: «لو خالع زوجته ثلاثًا، ثم تزوجها الرابعة بلا محلل، لاعتقاده أن الخلع فسخ، ثم تغير اجتهاده وهو باق معها بذلك النكاح، قال الغزالي: إن حكم حاكم بصحته لم تجب عليه مفارقتها، وإن لم يحكم حاكم ففيه تردد، والمختار وجوب المفارقة لما يلزم في إمساكها من الوطء الحرام على معتقده»[1] وذهب بعض الحنفية إلى أن المجتهد إذا عمل باجتهاده فإنه لا يُنقض، ولو لم يتصل به حكم حاكم؛ وذلك «لأن اتصال الإمضاء بمنزلة القضاء، واتصال القضاء يمنع من النقض، فكذا اتصال الإمضاء»[2]، وهو قول عند الحنابلة[3].

ومن الجدير بالذكر أن كثيرًا من الخلاف المنقول عن الفقهاء في نقض بعض الأحكام إنما هو من باب تحقيق المناط، قال الونشريسي: «واضطراب الفقهاء في بعض الجزئيات ليس لاختلافهم في هذه القاعدة، بل لاختلافهم في تحقيق مناطها في ذلك الجزء، والمناط يتحقق في فصلين: أحدهما: أن ما صدر من الحاكم هل هو حكم أم لا؟ وثانيهما: أن ما خالف الحاكمُ هل هو قاطع أم لا؟»[4].

وقد ذكر بعض الفقهاء صورًا استثنيت من القاعدة، وهي غير داخلة فيها أصلاً، إما لبطلان الاجتهاد من أصله، لفقد شرطه؛ إذ الاجتهاد الذي يمتنع نقضه هو الاجتهاد الذي توفرت فيه شروط الصحة، كما قال ابن الهمام: «لا ينقض حكم اجتهادي صحيح»[5]، وإما لدخولها تحت قاعدة أخرى؛ ومن ذلك

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٠٢. وانظر: المستصفى للغزالي ص ٣٦٧، الإحكام للآمدي ٤/٢٠٣، الإبهاج للسبكي ٣/٢٦٥، المنثور للزركشي ١/٩٦، روضة الطالبين للنووي ١١/١٠٦.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ٧/٦. وانظر: تحفة الفقهاء للسمرقندي ٣/٣٣٩.

(٣) انظر: شرح الكوكب المنير لابن النجار ٤/٥١٠.

(٤) المعيار المعرب للونشريسي ٩/٣٤٨.

(٥) التحرير لابن الهمام مع التقرير والتحبير لابن أمير الحاج ٣/٣٣٥.

ما ذكره العلامة ابن نجيم بقوله: «اعلم أن بعضهم استثنى من هذه القاعدة»، أعني: «الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد» مسألتين:

أحدهما: نقض القسمة إذا ظهر فيها غبن فاحش، فإنها وقعت بالاجتهاد، فكيف تنقض بمثله؟

والجواب: أن نقضها لفوات شرطها في الابتداء، وهو المعادلة فظهر أنها لم تكن صحيحة من الابتداء، فهو كما لو ظهر خطأ القاضي بفوت شرط فإنه ينقض قضاؤه.

والثانية: إذا رأى الإمام شيئًا، ثم مات أو عزل فللثاني تغييره حيث كان من الأمور العامة.

والجواب: أن هذا حكم يدور مع المصلحة، فإذا رآها الثاني وجب اتباعها»[(١)]. ومن ذلك أن للإمام الحمى، وهو تخصيص بعض أرض الموات لمصالح المسلمين، كرعي الدواب ونحو ذلك، فلو أراد من بعده نقضه، كان له ذلك؛ لأنه حكم يدور مع المصلحة، وهي تتغير بتغير الزمان، وليس ذلك من نقض الاجتهاد بالاجتهاد[(٢)].

وهذه القاعدة من القواعد المشتركة بين الأصول والفقه، فهي أصولية من حيث إنها تتعلق بأحد مباحث أصول الفقه، وهو الاجتهاد، ومن حيث كونها دليلاً يعتمد عليه في بيان عدم جواز نقض اجتهاد المجتهدين باجتهاد آخر، ولا فتاوى المفتين، وهي فقهية باعتبار أن موضوعها يصلح أن يكون فعلاً للمكلف، وهو القاضي والمجتهد في مسائل التحري[(٣)].

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٩٠، ٩١.

(٢) انظر: المنثور للزركشي ١/٩٥، الأشباه للسيوطي ص ١٠٤، نهاية المحتاج للرملي ٥/٣٤٢، أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٢/٤٤٩.

(٣) انظر: الوجيز في إيضاح قواعد الفقه للبورنو ص ٢١، ٢٢، القواعد الفقهية للندوي ص ٤٥٢.

وهي محل إعمال عند القانونيين أيضًا، ففي محاكم التمييز والنقض العليا، التي يعود إليها النقض والإبرام، إذا تغير اجتهادها في حادثة أو في فهم مادة قانونية فإن ذلك لا يسري على الأحكام السابقة التي صدرت منها، فلا ينقض ما قد بُتّ فيه من قضايا بناء على الاجتهاد الأول، وإنما يعمل باجتهادها الجديد في القضايا الجديدة[١].

أدلة القاعدة:

١- ما رواه عمرو بن العاص رضي الله عنه أنه سمع رسول الله ﷺ يقول: «إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر»[٢].

ووجه الاستدلال: أنه ﷺ قد شرع الاجتهاد ورتب عليه الثواب في الخطأ والصواب، وهذا يعني أن العلم بمن أصاب أو أخطأ من المجتهدين عند الله وحده، وليس في مقدور أحد منهم، إذ لو كان في مقدوره لكان أولى بالاجتهاد من غيره، ولما كان المجتهدون لا يعرفون المخطئ من المصيب منهم، كانت اجتهاداتهم سواء من جهة النظر، فلم يجز أن ينقض بعضها ببعض، لاحتمال أن يكون المنقوض أقوى من الناقض[٣].

٢- ما رواه عامر بن ربيعة - رضي الله عنه - قال: «كنا مع رسول الله ﷺ في سفر، فَتَغَيَّمَت السماء وأشكلت علينا القبلة، فصلينا، وأَعْلَمْنا[٤]، فلما طلعت الشمس إذا نحن قد صلينا لغير القبلة، فذكرنا ذلك للنبي ﷺ،

---

(١) انظر: المدخل الفقهي العام للزرقا ٢/١٠١٧.

(٢) رواه البخاري ٩/١٠٨ (٧٣٥٢)، ومسلم ٣/١٣٤٢ (١٧١٦)/(١٥).

(٣) نظرية التقعيد الفقهي للدكتور الروكي ص ١٠٩.

(٤) أَعْلَمْنا: أي وضعنا العلامة على الجهة التي صلينا إليها، لنعلم أن قد أصبنا أو أخطأنا. انظر: حاشية السندي على سنن ابن ماجه ١/٣١٩.

فأنزل الله: ﴿فَأَيْنَمَا تُوَلُّوا فَثَمَّ وَجْهُ اللَّهِ﴾ [البقرة: ١١٥]»[١].

ووجه الاستدلال: أنه ﷺ لم يأمرهم بالإعادة مع تبين الخطأ، ولم ينقض اجتهادهم الأول، فدل ذلك على أن الاجتهاد المستوفي شروطه لا ينقض.

٣- إجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم، فقد دلت الآثار الواردة عنهم في قضايا متعددة أن المجتهد الثاني لم ينقض حكم المجتهد الأول إذا خالفه، ومن ذلك أن جميع القضايا التي اجتهد فيها أبو بكر - رضي الله عنه - بصورة مخالفة لاجتهاد عمر - رضي الله عنه - لم ينقضها عمر بعد توليه الخلافة، وهكذا سائر الخلفاء الراشدين من بعدهما، فإن أبا بكر- رضي الله عنه - سوى بين الناس في العطاء، وأعطى العبيد، وخالفه عمر، ففاضل بين الناس، وخالفهما علي فسوى بين الناس وحرم العبيد، ولم ينقض واحد منهم ما فعله من قبله، بل إن عمر - رضي الله عنه - كثيراً ما يتجدد نظره في المسألة الواحدة؛ فيقضي فيها بخلاف قضائه الأول، فحكم في الْمُشَرّكة بعدم المشاركة، ثم بالمشاركة وقال: ذلك على ما قضينا يومئذ، وهذا على ما قضينا اليوم، وقضى في الجد قضايا مختلفة[٢].

٤- لأنه لو نُقض الاجتهاد الأول بالثاني، لساغ أن يُنقض الثاني بالثالث، وهلم جرا؛ إذ ما من اجتهاد إلا وهو عرضة للتغير والتبدل، فيؤدي ذلك إلى التسلسل والدور، وهو باطل[٣].

لأن ذلك يفضي إلى اضطراب الأحكام، وعدم استقرارها، وزوال الثقة

---

(١) رواه الترمذي ١٧٦/٢ (٣٤٥)، وابن ماجه ٣٣٦/١ (١٠٢٠)، وقال الترمذي: هذا حديث ليس إسناده بذاك.

(٢) انظر: المنثور للزركشي ٩٣/١، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٠١، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٨٩، فتاوى السبكي ٣٦٩/١، المغني لابن قدامة ١٠٤/١٠.

(٣) انظر: المراجع السابقة، والمستصفى للغزالي ص ٣٦٧.

بالحكام، فتفوت حينئذ مصلحة نصبهم، وهو قطع المنازعة لعدم الوثوق حينئذ بالحكم؛ فيكون فيه حرج عظيم، ومشقة شديدة على الناس[١].

تطبيقات القاعدة :

١- إذا كان لشخص إناءان، في أحدهما ماء طاهر، وفي الآخر نجس، واشتبه عليه الطاهر منهما فاجتهد وتوضأ بما ظن طهارته منهما وصلى، ثم تغير اجتهاده فلا قضاء عليه ولا إعادة؛ لأنها صلاة أديت بالاجتهاد فلا تنقض باجتهاد[٢].

٢- من اشتبهت عليه القبلة فصلى إلى جهة بالاجتهاد والتحري، ثم تغير اجتهاده بعد ذلك فإنه يعمل به في المستقبل، ولا يبطل ما مضى، ولا تلزمه الإعادة؛ لأن الاجتهاد لا ينقض بمثله[٣].

٣- لا يصح وقف الشخص على نفسه في الأصح، ولكن لو وقف على نفسه، وحكم به حاكم نفذ حكمه، وليس لغيره نقضه؛ لأنها مسألة اجتهادية[٤]، والاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد.

٤- لو حكم حاكم لمن تزوّج امرأة بعد أن قال لها: إن نكحتك فأنت طالق ثلاثًا بصحة النكاح وبطلان التعليق، فليس لغيره ممن يرى

---

(١) انظر: الإحكام في أصول الأحكام للآمدي٤/٢٠٣، كشف الأسرار لعبد العزيز البخاري٣/٨٤، المنثور للزركشي ١/٩٣، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٠١، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٨٩، ترتيب اللآلئ لناظر زاده ١/٢٤٩، المعيار المعرب للونشريسي ٩/٣٤٧.

(٢) انظر: المنثور للزركشي ١/٩٤، الحاوي الكبير للماوردي ١/٣٤٩.

(٣) انظر: المنثور في القواعد الفقهية للزركشي ١/٩٤، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٠١، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٩٠، البيان للعمراني ٢/١٤٢.

(٤) انظر: مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٣/٥٢٩.

وقوع الطلاق بوجود الصفة المذكورة نقض الحكم وإبطال النكاح[1].

٥- لو ألحق القائف اللقيط بأحد المتداعيين، ثم رجع، أو جاء قائف آخر فألحقه بالآخر لم يقبل؛ لأن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد[2].

٦- إذا عقد الإمام الهدنة، ثم مات أو عزل، لم ينتقض عهده، وعلى من بعده الوفاء به؛ لأن الأول عقده باجتهاده؛ فلم يجز لمن بعده نقضه باجتهاده؛ إذ الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد[3].

٧- إذا خلل شخص خمرا فأتلفها من لا يعتقد أن الخمر تطهر بالتخليل، فترافعا إلى قاض يرى صحة ذلك، فقضى على المتلف بضمانها لزمه ذلك، ولا يجوز لغيره نقضه[4].

محمد عمر شفيق الندوي

* * *

---

(١) انظر: الفروق للقرافي ١٠٣/٢، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٥٦/٤، بغية المسترشدين لعبد الرحمن باعلوي ص ٥٩٠.

(٢) انظر: المنثور في القواعد الفقهية ٩٤/١، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٠٢.

(٣) انظر: البيان للعمراني ٣١٣/١٢، المغني لابن قدامة ٢٣٩/٩، الإنصاف للمرداوي ٢١٧/٤، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٦٥٥/١.

(٤) انظر: المنثور للزركشي ٩٧/١، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٠٢.

رقم القاعدة: ٣٤٢

نص القاعدة: الْغَالِبُ كَالْـمُحَقَّقِ[(١)].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- الغالب كالواقع[(٢)].

٢- الغالب في الشرع كالمحقق[(٣)].

٣- الحمل على الغالب واجب[(٤)].

٤- الأحكام إنما هي للغالب الكثير والنادر في حكم المعدوم[(٥)].

---

(١) جامع الأمهات لابن الحاجب ص٢٢١، شرح النووي على صحيح مسلم ٧٤/٤، مواهب الجليل للحطاب ١٢٨/١، شرح مختصر خليل للخرشي ١٤/٣، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢٠٦/٢، منح الجليل لمحمد عليش ٤٢٨/٢، عون المعبود للعظيم آبادي ٢٤١/١ حاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح شرح نور الإيضاح ٣٧٠/١. وبلفظ "الغالب كالمتحقق"، أحكام أهل الذمة لابن قيم الجوزية ٧٣٣/١، تبيين الحقائق للزيلعي ١٤/١، ٢٤٤/٣، تقريرات البحراوي ٨١/١/أ، التحقيق الباهرلهبة الله أفندي ٣٠٠/١، ذخيرة الناظر للطوري ١٥٩/١/أ، الاختيار للموصلي ٧٨/١، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٧٣، غمز عيون البصائر للحموي ٢٥٥/١، ترتيب اللآلي لناظر زاده ١١٩٦/٢، زواهر الجواهر للتمرتاشي الابن ٦٨/١/أ، تنوير البصائر للغزي ١٨٨/١/ب، قواعد الأصول للتمرتاشي الأب ١٢٢/١، حاشية الشلبي على تبيين الحقائق ١٥/١، البناية للعيني ٢٦٨/١١ و٥٠٦/٦ و٢٢/٤، ٤٤٤/٣، الجوهرة النيرة للعبادي ٢٥٨/٢، العناية للبابرتي ١٤٠/١.

(٢) الهداية للمرغيناني ٣٢/٢، البناية للعيني ١٣٣/٦.

(٣) مواهب الجليل للحطاب ٥٣٤/٤، منح الجليل لمحمد عليش ٣٧٤/٥.

(٤) البهجة في شرح التحفة للتسولي ١٢٩/١، ١١٠/٢، ٥٧٥، ٥٧٨، النوازل الجديدة الكبرى للوزاني ٢٨٤/١٠، ١١٦/١١، النوازل الصغرى للوزاني ٣٩٩/٤، ٤٢٨ و٥٣٠/٣.

(٥) زاد المعاد لابن قيم الجوزية ٤٢١/٥.

٥- الغالب مساو للمحقق في الحكم[(١)].

٦- الأحكام على الغالب من الأمور والشاذ لا عبرة به[(٢)].

قواعد ذات علاقة :

١- الحكم للغالب[(٣)]. (أعم) .

٢- ما قارب الشيء يعطى حكمه؟[(٤)]. (أعم) .

٣- التابع تابع[(٥)]. (أعم) .

٤- النادر لا حكم له[(٦)]. (قسيمة) .

٥- الأقل تبع للأكثر[(٧)]. (قسيمة) .

٦- إذا تعارض أصل وظاهر أيهما يقدم؟[(٨)]. (معللة بالقاعدة باعتبار شطرها القاضي بتقديم الظاهر) .

---

(١) القواعد للمقري ٢/٢٤٠.

(٢) خلاصة الوسائل للحارثي ٣/٣٩٨.

(٣) انظرها في قسم القواعد الفقهية.

(٤) شرح الزركشي على مختصر الخرقي ١/٤٠٥، إحكام الأحكام لابن دقيق العيد ١/٣١٣، إيضاح القواعد للحجي ص ٥٣، اللباب للميداني ١/٤/١٣٩، ١/٣٧، عون المعبود للعظيم آبادي ١٠/٤٣٦، النوازل الصغرى للوزاني ١/٣١٠، وانظرها في قسم القواعد الفقهية.

(٥) انظرها: في قسم القواعد الفقهية.

(٦) المنثور للزركشي ٣/٢٤٦، منح الجليل لمحمد عليش ١/١٦٣، حاشية ابن عابدين، ٨/٣٦٠، وانظر: زاد المعاد لابن قيم الجوزية ٥/٤٢١، وانظر: تكملة البحر للطوري ٨/٣٣٨، وانظر: المبسوط للسرخسي ٢/٢، وانظرها في قسم القواعد الفقهية.

(٧) المبسوط للسرخسي ٣٠/٥٢، المجموع للنووي ١٤/٢٤٤، الذخيرة للقرافي ٩/٤٦، ٦/١٠٧، ٦/٣١٩، ٤/١٣٣، ٦/٣١٩، المنتقى لأبي الوليد الباجي ٢/١٢٤، شرح صحيح مسلم للأبي ٣/٥٩٣، التاج والإكليل للمواق ٦/٤٤٥، شرح الزرقاني للموطأ ١/١١١، ١١٢، ١٣١، شرح الخرشي لمختصر خليل ١/١٨٢، حلي المعاصم للتاودي ٢/١٦، وانظرها في قسم القواعد الفقهية.

(٨) القبس لابن العربي ١/١٢٨، وانظرها في قسم القواعد الفقهية.

٧- الغالب من العذر كالموجود[١]. (أخص).

٨- يحكم بالغالب ما لم يظهر خلافه[٢]. (مقيِّدة).

شرح القاعدة:

يطلق الفقهاء الغالب ويسمونه أيضًا بالظاهر[٣]، على مفهومين بارزين يجمع بينهما معنى الكثرة:

المعنى الأول: دلالة الغالب على كثرة الوقوع وندرة التخلف مثل نجاسة سؤر ما عادته استعمال النجاسة من الحيوانات والفرق بينه وبين المطرد أنه يتخلف بينما لا يتخلف المطرد.

المعنى الثاني: دلالة الغالب على الكثرة الكمية النسبية وعلى هذا المعنى تنبني قاعدة: «الأقل تبع للأكثر»، وكذا قاعدتا: «المغلوب كالمستهلك في مقابلة الغالب»[٤] و«معظم الشيء يقوم مقامه كله»[٥].

وموضوع القاعدة التي بين أيدينا هو المدلول الأول للغالب، فمعناها أن ما غلب وقوعه وندر تخلفه يعطى حكم المتحقق.

وبيان ذلك أن مراتب الوقوع خمس:

١- مطرد وهو ما لا يتخلف وهو متحقق وثابت الوقوع بدون احتمال.

٢- غالب وهو ما كان احتمال حصوله أقوى من عدمه فهو الأكثر وقوعًا

---

(١) التجريد للقدوري ٢/٢٣١، وانظرها في قسم القواعد الفقهية.

(٢) حاشية ابن عابدين ١/٣٧٤.

(٣) انظر: المنثور للزركشي ١/٣١٢ ونظرية التقعيد الفقهي للدكتور محمد الروكي ص ٦١٣.

(٤) البناية للعيني ٧/٥٢٣، التحقيق الباهر لهبة الله أفندي ١/٣٥٤ فتاوى قاضيخان ٢/٥٧.

(٥) المنثور للزركشي ٣/١٨٣.

ولكنه يتخلف لأن حدوثه ثابت بغلبة الظن[١] كالمفقود إذا شوهد في معترك القتال، فالغالب في شأنه إذا لم يرجع أنه قد مات، فيلحق بالمحقق الذي ثبتت وفاته ويعطى حكمه، فتقسم تركته وتعتد امرأته، وغير ذلك. وقد رتب الفقهاء على الغالب بهذا المعنى جملة من القواعد لعل أهمها القاعدة التي بين أيدينا وما في معناها وما تستلزمه من تقديمه على الأصل المعبر عنه بقاعدة: «إذا تعارض الأصل والغالب قدم الغالب» وترجيحه على النادر من باب أولى وهو مدلول القاعدة: «الأصل تقديم الغالب على النادر»، وما تفرع عنها مثل قاعدة: «الغالب من العذر كالموجود».

٣- الكثير وهو دون الغالب.

٤- القليل وهو دون الكثير

٥- النادر وهو دون القليل[٢] وهو موضوع قسيمة قاعدتنا: «النادِر لا حكم له».

ولا شك أن إعطاء الغالب حكم المحقق المطرد مبني على أصل معقول المعنى قوي المستند بدليل أمرين:

أولهما: ارتباطه الوثيق وتأثيره وتأثره بقواعد فقهية كبرى مثل:

أ- قاعدة: «ما قارب الشيء يعطى حكمه؟» لأن الغالب إنما أعطي الحكم لمقاربته للمطرد المحقق[٣].

---

(١) التقعيد الفقهي للدكتور محمد الروكي ١/٥٠٢.

(٢) الكليات للكفوي ص ٥٢٩.

(٣) انظر: نظرية التقعيد الفقهي للدكتور محمد الروكي ص٥٠٣.

ب- قاعدة «التابع تابع» لأن الغالب في حكم المتبوع، فيعطى للشاذ عنه حكمه.

ثانيهما : أن إعطاء الحكم للغالب أصل عام في التنظير ينبني عليه التقعيد في كافة العلوم وفي مجال الفقه على وجه الخصوص وهو معنى قولهم إن الحكم في القواعد الفقهية مطرد أو أغلبي[١] وهذا معنى قول الإمام الشاطبي: «الغالب الأكثري معتبر في الشريعة اعتبار العام القطعي لأن المتخلفات الجزئية لا ينتظم منها كلي يعارض هذا الكلي الثابت»[٢].

وبناء على هذا فإن اعتبار الغالب وتقديمه على المغلوب وإعطاءه حكم المحقق يكاد يكون محل اتفاق بين فقهاء المذاهب؛ إذ الراجح عند من اختلفوا في بعض تطبيقاته إنما هو تقديمه وإهدار ما سواه[٣] يقول الإمام المقري - معلقًا على الخلاف الواقع فيه عند المالكية والمعبر عنه بقاعدة «الغالب هل هو كالمحقق أم لا؟»[٤]: «قاعدة: المشهور من مذهب مالك أن الغالب مساو للمحقق في الحكم»[٥].

والقاعدة التي بين أيدينا مع قوة مستنداتها وتنويه الفقهاء بها قد استثنيت منها صور متعددة خصص القرافي لتفصيلها مبحثًا من فروقه تعرض فيه لحالات يلغى فيها الغالب ويقدم عليه النادر وصور يلغيان فيها[٦]. غير أن القرافي لم

---

(١) انظر: نظرية التقعيد الفقهي للدكتور محمد الروكي ص٥٣ حيث عرف القاعدة الفقهية بأنها حكم شرعي مستند إلى دليل شرعي، مصوغ صياغة تجريدية محكمة، منطبق على جزئياته على سبيل الاطراد أو الغلبة.

(٢) الموافقات للشاطبي ٢/٥٣.

(٣) انظر: موسوعة القواعد والضوابط للدكتور علي الندوي ١/٥٣٣.

(٤) شرح المنهج المنتخب للمنجور ١/١١٠، شرح اليواقيت الثمينة للسجلماسي ١/١٥٣.

(٥) القواعد للمقري ٢/٢٤٠.

(٦) انظر: الفرق ص ٢٣٩، الفروق للقرافي ٤/٢٤٠ وما بعدها.

يوضح الحد الفاصل بين الغالب المعتبر والغالب غير المعتبر. وقد اعترف بذلك في خاتمة المبحث في كلام يفهم منه استعصاء انضباط هذا الفرق والتأكيد على أن الغالب وقع معتبرًا شرعًا رغم كثرة(١) المستثنيات التي سردها.

والذي يظهر أن اعتبار الغالب عند تعارضه مع الأصل أو النادر مشروط بثلاثة قيود(٢):

الأول: أن يطرد الغالب بمخالفة الأصل كنجاسة الماء الهارب في الحمام لاطراد العادة بالبول فيه.

الثاني: أن تكثر أسباب الغالب، فإن ندرت لم ينظر إليه قطعًا ومن ذلك ما إذا تيقن الطهارة وغلب على ظنه الحدث.

الثالث: أن لا يكون مع النادر أو الأصل ما يعتضد به وإلا فالعمل بالترجيح متعين(٣).

وبناء على هذه القيود قسم الزركشي - على عادته - حالات اعتبار الغالب إذا عارضه الأصل إلى أربعة أقسام(٤):

١- ما قطعوا فيه بتقديم الظاهر كالبيِّنة فإن الأصل براءة ذمة المشهود عليه ومع ذلك يلزمه المال المشهود به قطعًا لأن الغالب صدق البيِّنة وهي حجة يجب قبولها شرعًا.

---

(١) على أن الدكتور الروكي يرى أن معظم هذه المستثنيات يتداخل بعضها في بعض فيمكن جمعها واختصارها في أقل من ذلك، انظر: نظرية التقعيد الفقهي ص ٦١٨.

(٢) انظر: الفروق وهوامشه "هامش المالكي" ٤/٢٤٠، ٢٤١، ٢٤٢.

(٣) ولعل ضرورة مراعاة هذا القيد هي التي دعت الدكتور محمد الروكي إلى القول إن في كلام القرافي عند بيانه الفرق بين الغالب المعتبر وغير المعتبر، غموضًا والتباسًا وتشويشًا. وقد أوضح جانبًا من ذلك ببيانه أن الشارع إنما رجح النادر على الغالب في الفروع التي ساقها القرافي وما شابهها لكون النادر وافق فيها أصلاً أقوى من الغالب فهو من باب تعارض الغالب والأصل وتقديم الأصل عليه. نظرية التقعيد للدكتور محمد الروكي ص ٦١٩.

(٤) انظر: هذا التقسيم في المنثور للزركشي ١/٣١٢ وما بعدها.

٢- ما قطعوا فيه بتقديم الأصل وإلغاء القرائن الظاهرة كما لو تيقن الطهارة وشك في الحدث أو ظنه فإنه يبنى على تيقن الطهارة عملاً بالأصل.

٣- ما فيه خلاف والأصح فيه تقديم الغالب كما لو شك بعد الصلاة في ترك فرض منها فلا يؤثر على المشهور.

٤- ما فيه خلاف والأصح تقديم الأصل كما لو شك في صلاة يوم من الأيام الماضية هل صلاها أم لا؟

والخلاصة أن الفقهاء متفقون على أن مستثنيات القاعدة التي بين أيدينا - وإن تعددت - لا تقدح في اعتبارها أصلاً قويًا ينبني عليه ما لا يحصى من الفروع المبثوثة في مختلف أبواب الفقه[1].

فهي قاعدة واسعة المجال، جارية في كافة أبواب الفقه من عبادات ومعاملات في شتى المذاهب كما هو واضح من تنوع تطبيقاتها.

أدلة القاعدة:

١- حديث أَنَسِ بنِ مالكٍ رضي الله تعالى عنهُ «أنَّ رسولَ الله ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى تُزهيَ»، فقيل له: وما تُزْهى؟ قال: تحمر، فقال «أرأيت إذا منع الله ثمرة، بم يأخذ أحدكم مال أخيه»[2]. ووجه الاستدلال بهذا الحديث أن فيه إجراء الحكم على الغالب لأن تطرق التلف إلى ما بدا صلاحه ممكن وعدم تطرقه إلى ما لم يبد صلاحه

---

(١) يقول الشوكاني الرجوع إلى الغالب عند الالتباس قوي الأساس في كثير من قواعد الشريعة، وبل الغمام للشوكاني ١/ ٢٢٣.

(٢) رواه البخاري ٣/ ٧٧ (٢١٩٨)، ومسلم ٣/ ١١٩٠ (١٥٥٥) من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه.

ممكن فأنيط الحكم بالغالب في الحالين[١].

٢- قوله ﷺ «إنا والله لا نولي على هذا العمل أحدا سأله ولا أحدًا حرص عليه»[٢]. ووجه الاستدلال بهذا الحديث أن الطالب لا يخلو غالبًا من داعية نفسانية من مال أو جاه أو التمكن من الانتقام من عدو ونحو ذلك فلا يتحقق منه خلوص النية الذي هو سبب نزول البركات، وأنيط الحكم بالغالب من حاله[٣].

٣- قاعدة: «ما قارب الشيء يعطى حكمه؟»[٤] وأدلتها.

٤- قاعدة: «التابع تابع»[٥] وأدلتها.

٥- لأن الغالب الأكثري معتبر في الشريعة اعتبار العام القطعي لأن المتخلفات الجزئية لا ينتظم منها كلي يعارض هذا الكلي الثابت[٦]، فيقاس على المحقق ويعطى حكمه، إذ وقوع الغالب لا يختلف عن وقوع المحقق إلا بقدر يسير لا يعتد به[٧].

---

(١) انظر: فتح الباري لابن حجر٤/٣٩٩، شرح الزرقاني للموطأ ٣/٣٣٦، عمدة القاري للعيني ١٢/٩، ١١.

(٢) رواه البخاري ٣/٨٨ (٢٢٦١)، ٩/٦٤ (٧١٤٩)، ومسلم ٣/١٤٥٦. واللفظ لمسلم.

(٣) انظر: فتح الباري لابن حجر العسقلاني ٤/٣٩٩، شرح الزرقاني للموطأ ٣/٣٣٦، عمدة القاري للعيني ١٢/٩، ١١، الروضة الندية شرح الدرر البهية للبخاري القِنَّوجي ٣/٢٢٣-٢٢٤.

(٤) شرح الزركشي على مختصر الخرقي ١/٤٠٥، إحكام الأحكام لابن دقيق العيد ١/٣١٣، إيضاح القواعد للحجي ص٥٣، اللباب للميداني ١/٤/١٣٩، و١/٣٧، عون المعبود للعظيم آبادي ١٠/٤٣٦، النوازل الصغرى للوزاني ١/٣١٠. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٥) انظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٦) انظر: الموافقات للشاطبي ٢/٥٣.

(٧) التقعيد الفقهي للدكتور الروكي ص٥٠٢.

تطبيقات القاعدة :

١- إن كان عسكر المسلمين عظيمًا فلا بأس بإخراج العجائز للخدمة من الطبخ والخبز ومعالجة المرضى وغير ذلك لأن الغالب فيه السلامة إذا كانت الشوكة لهم والغالب كالمتحقق(١).

٢- تجوز صلاة الفرض قاعدًا من غير عذر في السفينة المربوطة في لجة بحر شديدة الاضطراب لأن دوران الرأس فيها بالقيام غالب، والغالب كالمتحقق(٢).

٣- الأظهر القول بعدم سقوط حجة الإسلام عمن لم يكن له بد من ركوب البحر لأن الغالب من ركوب البحر السلامة من الموت كالبر، والغالب دليل يوجب العمل مثل اليقين(٣).

٤- إذا قال الموكِّل على بيع شيء: بعه بألف نسأ، فباعه الوكيل بها حالاً فإنه يصح ولو استضرَّ الموكل بقبض الثمن في الحال من حيث حفظه، أو خوف تلفه، أو تعدٍّ عليه أو نحوه، اعتبارًا بالغالب(٤)، من رغبة الناس في البيع بالثمن الحال ورغبتهم عن البيع بالمؤجل، إذ الغالب كالمحقق؛ ما لم ينهه بأن يقول: لا تبع حالاً، فلا يصح للمخالفة(٥).

٥- لا تجوز الإجارة التي تعقد إلى ثلاثين سنة إن كان لا يتوهم حياة

---

(١) تبيين الحقائق للزيلعي ٣/٢٤٤.

(٢) انظر: تحفة الفقهاء للسمرقندي ١/١٥٦، تقريرات البحراوي ١/٨١/ب.

(٣) انظر: منهاج الطالبين للنووي ١/٣٩، وسوّى ابن حزم بين ركوب البحر والبر، انظر: المحلّى له ٧/٥٣.

(٤) لأن ضياع الحق وتلف مال الدائن غالبًا يصير في الدين المؤجل، القواعد الفقهية للبجنوردي ٧/٢٧١.

(٥) انظر: كشاف القناع للبهوتي ٣/٤٧٧.

العاقدين إليها غالبًا بأن كانا كبيرين أو أحدهما لأن الغالب كالمتيقن[١].

٦- لا تجوز الصلاة بثياب الكافر وغير المصلي لأنهما لا يتورعان في النجاسة... والغالب في ثيابهما أنها نجسه... والغالب كالمحقق[٢].

٧- لا بأس أن يدخل المسلمون في دار الحرب من عروض التجارة ما ليس بسلاح بعينه إن كان الغالب عليه أن يراد لغير السلاح، وقد يراد للسلاح، لأن الحكم للغالب والنادر لا يظهر في مقابلة الغالب[٣].

٨- لو اعتادت المعتدة الدهن فخافت وجعًا إن لم تدهن فإن كان ذلك أمرًا ظاهرًا غالبًا يباح لها لأن الغالب كالواقع[٤].

٩- المخدر الذي يعطى للحيوان قبيل قتله يحدث منه الموت في الغالب، وبخاصة إذا تأخر الجزار في ذبحه، وهذا يجعل الذبيحة كالميتة؛ لأن الغالب كالمحقق[٥].

بدي أحمد سالم

* * *

(١) انظر: البناية للعيني ١٠/٥٨٠، ومن هذا الباب تجويز بعض الفقهاء الحكم على الغائب بالموت إذا مات جميع أترابه، شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ١٣/٥٦١.

(٢) انظر: مواهب الجليل للحطاب ١/١٢١.

(٣) انظر: شرح كتاب السير الكبير للسرخسي ٤/١٥٦٩.

(٤) الهداية للمرغيناني ٢/٣٢، البناية للعيني ٦/١٣٣.

(٥) تطبيق القواعد الفقهية على مسائل التخدير المعاصرة للدكتور عبد السلام بن إبراهيم بن محمد الحصين ص ٤٩، من النسخة الألكترونية.

رقم القاعدة: ٣٤٣

نص القاعدة: النَادِرُ لَا حُكْمَ لَـهُ[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- لا عبرة بالنادر[٢].

٢- النادر من الجنس يلحق بالغالب منه في الحكم[٣].

٣- نوادر الصور يعطى لها حكم غالبها[٤].

٤- الندرة لا يجوز بناء الحكم عليها[٥].

٥- النادر في حكم المعدوم[٦].

٦- النادر لا يبنى الحكم عليه وإنما يبنى على الظاهر[٧].

٧- النادر ملحق بالغالب[٨].

---

(١) المنثور للزركشي ٣/٢٤٦، منح الجليل لمحمد عليش ١/١٦٣، حاشية ابن عابدين ٨/٣٦٠، وانظر: زاد المعاد لابن قيم الجوزية ٥/٤٢١، تكملة البحر للطوري ٨/٣٣٨، المبسوط للسرخسي ٢/٢، الانتصار للإمام يحيى بن حمزة ١/٦٦٩-٦٩٥، البحر الزخار لأحمد بن المرتضى ٥/٩٤، وفي لفظ: الأحكام لا تناط بالصورة النادرة، انظر: شرح الجامع الصحيح للسالمي ١/٣١٣.

(٢) الروضة البهية ص٨ الفصل الأول من كتاب الإرث: موجبات الإرث وموانعه، سد الذرائع للبرهاني ١/١٩١، وانظر: إرشاد الفحول للشوكاني ١/٨، وبصيغة: النادر لا يعتد به تبيين الحقائق للزيلعي ٤/٤٣٦، وبصيغة: لا تعويل على نادر: البحر الزخار لأحمد بن المرتضى ٤/١٤٣.

(٣) الحاوي للماوردي ٦/١٥٩.

(٤) المقري وقواعده لأكناو ١/٢٤٧.

(٥) الحجة للشيباني ٣/٤٣٣.

(٦) زاد المعاد لابن قيم الجوزية ٥/٣٧٨.

(٧) أصول السرخسي ١/٣٠.

(٨) التقريـر والتحبير لابن أمير الحاج ٣/٢٩، شرح العمدة لابن تيمية١/٩٥، الذخيرة للقرافي٤/١٢٦،=

قواعد ذات علاقة :

١- النادر لا يلحق بالغالب[١]. (مخالفة) .

٢- التابع تابع[٢]. (أعم).

٣- الغالب كالمحقق[٣]. (قسيمة) .

٤- لا عرف في النادر[٤]. (تلازم) .

٥- لا تترك المصالح الغالبة لأجل المفاسد النادرة[٥]. (أخص) .

شرح القاعدة :

المراد بالنادر ما كان قليل الوقوع والغالب عدم حدوث مثله.

ومعنى القاعدة أن الأمر النادر الوقوع غير معتبر شرعًا. ومعنى عدم اعتباره

= طريقة الخلاف للإسمندي، وانظر: البحر المحيط للزركشي ١٥٨/٦، وبلفظ: "يرد النادر على الأكثر"، انظر: معارج الآمال للسالمي المقدمة ص ٢٠٥.

(١) حاشية الشلبي على تبيين الحقائق (بتصرف يسير) ٣٧١/١، ووردت بألفاظ استفهامية منها: هل تعطى نوادر الصور حكم نفسها أو حكم غالبها؟ شرح المنهج المنتخب للمنجور ٣٢٧/١، إيضاح المسالك للونشريسي ص٢٥٦، ٢٥٧، شرح اليواقيت الثمينة للسجلماسي ٥٠٧/٢، وبلفظ: النادر هل يلحق بالغالب؟ المنثور للزركشي ٢٤٣/٣، وبلفظ: النادر هل يعتبر بنفسه أم يلحق بجنسه؟ المنثور للزركشي ٢٤٦/٣.

(٢) انظرها: بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٣) جامع الأمهات لابن الحاجب ص٢٢١، شرح النووي على صحيح مسلم ٧٤/٤، مواهب الجليل للحطاب١٢٨/١، شرح مختصر خليل للخرشي١٤/٣، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير٢٠٦/٢، منح الجليل لمحمد عليش ٤٢٨/٢، عون المعبود للعظيم آبادي ٢٤١/١حاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح شرح نور الإيضاح ٣٧٠/١، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٤) تبيين الحقائق للزيلعي ٤٢٦/٤، وانظر قاعدة: "إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت" في قسم القواعد الفقهية.

(٥) النوازل الجديدة الكبرى للوزاني ٤٠٩/٩.

إلحاقه بالغالب في الحكم، فشأن الشريعة - كما يقول القرافي – اعتبار الغالب وتقديمه على النادر[١]. وقد تفنن الفقهاء في التعبير عن هذا المعنى بصيغٍ مختلفة لهذه القاعدة أقواها دلالة على ضعف النادر في نفسه نوعان:

١- صيغ دالة على اعتبار النادر كالمعدوم مثل قولهم: «النادر في حكم المعدوم[٢]».

٢- وأخرى تقرر تحريم بناء الأحكام على النادر كقولهم: «الندرة لا يجوز بناء الحكم عليها».

وارتباط هذه القاعدة وثيق بقاعد «الغالب كالمحقق» حيث إن النادر يقابل الغالب. فإذا تقرر أن النادر لا حكم له تعَيَّن أن يعطى النادرُ حكمَ الغالب وهو المراد بصيغة: «النادر ملحق بالغالب» وما في معناها.

غير أن إلحاق النادر بالغالب في الحكم ليس محل اتفاق بل وقع فيه خلاف بين الفقهاء عبروا عنه بقواعد استفهامية مختلفة الصيغ أعمها دلالة على تقرير هذا الخلاف قولهم: «النادر هل يلحق بالغالب؟» تليها صيغة: «النادر هل يعتبر بنفسه أم يلحق بجنسه؟» والقاعدة المالكية: «هل تعطى نوادر الصور حكم نفسها أو حكم غالبها؟ «فشطر هذه القواعد القاضي بأن النادر يعطى حكم نفسه، مبني على أن الأصل في الأحكام أن تناط بأسبابها في كل فرد[٣]. وبيان ذلك أن من سنة الله في خلق الرُّطب -مثلاً- أن تنمو حتى تكون تمرًا فهي عادة غالبة مطردة. فعدم تتمُّر الرطب نادر الوقوع، لكنه قد يقع وفي حالة حدوثه اختلف العلماء هل تعطى الرطب حكم الغالب في جنسها وهو التَتَمُّر فيدخلها

---

(١) انظر: الفروق للقرافي ٤/ ٢٤٠.

(٢) زاد المعاد لابن قيم الجوزية ٥/ ٣٧٨.

(٣) انظر: المقري وقواعده لأكناو ١/ ٢٤٨.

الربا مثلاً أو يكون لها حكم خاص بها مُنْبَنٍ على انتفاء علة الربا فيها وهي الاقتيات[١] عند من علله بذلك.

وقد قسم الإمام الزركشي -على عادته- النادر باعتبار إلحاقه بالغالب إلى أربعة أقسام[٢]:

١- أولها ما يلحق قطعًا كإلحاق الولد بعد أربع سنين، من فراق أبيه لأمه، فإن بقاءه في بطن أمه كذلك نادر جدًا فألحقوه بالغالب.

٢- الثاني ما لا يلحق قطعًا كالأصبع الزائدة لا تلحق بالأصلية في حكم الدية قطعًا.

٣- الثالث ما يلحق به على الأصح كنقض الوضوء بمس الذكر المقطوع إلحاقًا بالغالب المتصل.

٤- الرابع ما لا يلحق به على الأصح كما يتسارع إليه الفساد في مدة الخيار فإنه لا يثبت فيه خيار الشرط على الأصح.

فالقسمان الثاني والرابع جاريان على خلاف قاعدتنا غير أنهما أقل بكثير من القسمين الأول والثالث الداخلين فيها كما بيَّن هذا القرافي بقوله: «إن الأصل اعتبار الغالب وتقديمه على النادر وأن ذلك هو شأن الشريعة وأن صوره لا تحصى كثرة. » ثم بعد تقريره هذا الأصل القوي ذكر قسمين من الأحكام يلغى الغالب فيهما[٣]:

القسم الأول: ما ألغي فيه الغالب وقدم النادر عليه وأثبت حكمه دونه

---

(١) قواعد الفقه المالكي للشيخ محمد يحيى الولاتي ص ٨٢، طبعة: مكتبة الولاتي لإحياء التراث الإسلامي ٢٠٠٦م.

(٢) انظر: المنثور للزركشي ٣/٢٤٣ و٢٤٤.

(٣) انظر: تفصيل هذه الفروع في الفروق للقرافي ٤/٢٤٠، ٢٤١، ٢٤٢.

رحمة بالعباد وذكر منه عشرين مثالاً وهو المراد بقاعدة: «ربما قدم النادر على الغالب واعتبر وألغي الغالب»(١).

والقسم الثاني : ما ألغي فيه الغالب والنادر مثل شهادة الصبيان في الأموال إذا كثر عددهم جدًا؛ فالغالب صدقهم والنادر كذبهم ولم يعتبر الشرع صدقهم ولا قضى بكذبهم بل أهملهم رحمة بالمدعى عليه.

والمتعلق بقاعدتنا إنما هو القسم الأول باعتباره مستثنى منها حيث أعطي الحكم فيه للنادر. غير أن المحققين من علماء التقعيد بينوا أن الشارع إنما رجح النادر على الغالب في الفروع التي ساقها القرافي وما شابهها لكون النادر وافق فيها أصلاً أقوى من الغالب فهو من باب تعارض الغالب والأصل وتقديم الأصل عليه(٢).

ويؤيد ذلك تقييد الفقهاء تقديم الغالب بثلاثة قيود(٣):

الأول : أن يطرد الغالب بمخالفة الأصل.

الثاني : أن تكثر أسبابه.

الثالث : أن لا يكون مع النادر ما يعتضد به.

فإذا اختل واحد من هذه الشروط قدم النادر.

وخلاصة القول أن الحالات التي يعطى فيها للنادر حكم خاص به معدودة محدودة إذا قيست بالصور التي لا يعتد فيها به.

ويؤيد ذلك تنوع فروع القاعدة التي بين أيدينا وانتشارها الواسع في شتى أبواب الفقه من عبادات ومعاملات لدى مختلف المذاهب.

---

(١) شرح اليواقيت الثمينة للسجلماسي ١/١٧٢، نظرية التقعيد للدكتور محمد الروكي ص ٦١٧.

(٢) نظرية التقعيد للدكتور محمد الروكي ص ٦١٩.

(٣) الفروق للقرافي وهوامشه "هامش محمد المالكي" ٤/٢٤٠، ٢٤١، ٢٤٢.

أدلة القاعدة:

١- لأن استقراء الشرع يدل على أن النادر في كل باب ملحق بالغالب[(١)].

٢- قاعدة: «الحكم للغالب»[(٢)] وأدلتها، إذ مفهومها أن النادر لا حكم له.

تطبيقات القاعدة:

١- تحريم إنتاج كل ما لا يستخدم إلا في الحرام، أو كان ذلك الغالب عليه عادة، وإن كان يستعمل نادرًا في الحلال. لأن النادر لا حكم له[(٣)].

٢- جواز زراعة العنب والانتفاع المشروع به؛ أما اتخاذه خمرًا في بعض الأحوال فلا يلتفت إليه ما دام نادرًا لأن النادر لا حكم له[(٤)].

٣- إذا ادعى الأجير الاستصناع ورب المتاع يقول: بل هو وديعة عندك فالقول قول الصانع؛ لأن بجلوسه للصنعة كأنه أتى بما يشبه والآخر أتى بما لا يشبه، لأن الغالب أن ما يدفع للصناع إنما يدفع لهم

---

(١) المحصول في علم الأصول للرازي ٣٠٦/٥، إرشاد الفحول للشوكاني ص ٣٧٣.

(٢) شرح كتاب السير الكبير للشيباني ١٥٦٧/٤، أحكام القرآن للجصاص ٢٠٨/٥-٢١٠، تفسير القشيري ١٠٧/٣، المهذب للشيرازي ٣٢٤/٢، المبسوط للسرخسي ١٤٠/٥، ١٩٦/١٠، ١٩٧، ١٩٨، ٢٠١، ١٩/٢٤، ٢٠، إحياء علوم الدين للإمام الغزالي ٩٩/٢: البهجة شرح التحفة للتسولي ٥٦/٢، ٢٤٢/١، مجموع الفتاوى لابن تيمية ٢٤٢/١٥، أحكام أهل الذمة لابن القيم ٧٣٤/١، الذخيرة للقرافي ٢٧٦/٤، ١٥٩/٥، السيل الجرار للشوكاني ٢٨٩/٤، الجوهرة النيرة للعبادي ٢٢٤/١، الإتحاف للزبيدي ٣٤٦/٧، شرح الزرقاني للموطأ ١١٩/٢، نهاية المحتاج للرملي ٣٧٨/٢، مجمع الأنهر لداماد أفندي شيخي زاده ٧٠١/١، لسان الحكام لابن الشحنة ٢٠٢/١، البناية للعيني ٤/٦ و٣٧٢/٣ و٣٥٤/٤، البحر الرائق لابن نجيم ٣٧/١ و٥٧٤/٨، النوازل الجديدة الكبرى للوزاني ٣٣٣/٧ و٢٨٩/١٠. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٣) انظر: دور القيم والأخلاق للقرضاوي ١٦٠/١.

(٤) انظر: سد الذرائع للبرهاني ١٠٦/١.

للاستصناع والإيداع نادر، والنادر لا حكم له[١].

٤- تعتبر حياة المفقود بموت أقرانه لأن حياة الإنسان بعد موت جميع أقرانه نادرة... ولا عبرة بالنادر[٢].

٥- الضحك أدل على رضا البكر بالزواج من سكوتها لأن الضحك علامة السرور والفرح بما سمعت بخلاف ما إذا بكت لأنه دليل السخط والكراهة غالبًا والبكاء بسبب السرور نادر فلا عبرة به[٣].

٦- يشترط لإباحة ما يقتله كلب الصيد، أن يكون معلمًا. ويتحقق ذلك بشروط ثلاثة: أن يسترسل إذا أرسله، وينزجر إذا زجره، وألا يأكل ما يمسكه. فإن أكل نادرًا لم يقدح في إباحة ما يقتله لأنه لا عبرة بالنادر[٤].

٧- لو ادعى رجل دارًا إرثًا لنفسه ولأخ له غائب، وبرهن عليه، أخذ النصف الذي هو نصيبه فقط، وترك نصيب الغائب في يد ذي اليد، ولا يستوثق من ذي اليد بكفيل، ولا يقال: يحتمل أن يموت القاضي فيعود إلى الإنكار. لأنا نقول: موت القاضي والشهود الذين عاينوا القضاء أو الذين شهدوا بأصل الحق أو نسيانهم، من أندر ما يكون، فلا يعتبر. لأن النادر لا حكم له[٥].

---

(١) انظر: شرح مختصر خليل للخرشي ٧/٥٣، وإن اختلفا في كيفية الصنعة فإن "جرت عادة المحل على كيفية فالقول قول مدعيها، وإن كانت الزيادة في الكيفية فالقول قول نافيها، إن لم تكن هي المعتادة وحدها أو غيرها نادرًا" لأن النادر لا حكم له، شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ١٠/٢٨٢.

(٢) انظر: البناية للعيني ٦/٦٩، أصول السرخسي ١/٣٠.

(٣) انظر: البناية للعيني ٤/١٢٠، ١٢١.

(٤) انظر: شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام للحلي ٣/١٥٤.

(٥) انظر: تبيين الحقائقس للزيلعي ٥/١٣٤، ١٣٥.

٨- يصح بيع العقار قبل قبضه... إذ لا يتوهم انفساخ العقد فيه بالهلاك... لأنه لا يرد عليه إلا نادرًا، بغلبة الماء والرمل أو غيرها، والنادر لا يعتد به[١].

٩- سقوط وجوب التتابع في باب صيام الكفارات[٢]، عن المرأة إذا كان شهرين، لأنها لا تجد شهرين لا تحيض فيهما عادة إلا نادرًا أو بعد اليأس، وربما لا تكون قد بلغت سن اليأس، والنادر لا عبرة به[٣].

١٠- يجوز حفر الآبار في الصحراء لانتفاع العطشان وغيره بها، وإن تضرر بها في النادر، لأن المنفعة محققة والتضرر نادر[٤].

بدي أحمد سالم

* * *

(١) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٤/٤٣٦، شرح المجلة العدلية للمحاسني ١/٢٠٧.

(٢) خلافًا لابن حزم حيث لم يجوز في الكفارات أن "يحول بين الشهرين برمضان، ولا بأضحى، ولا بمرض ولا أيام حيض... لأن الله عز وجل أمر بهما متتابعين... ولم يخص الله عز وجل حيلولة بغير عذر من حيلولة بعذر". المحلى لابن حزم ١٠/٣٦٠.

(٣) انظر: الأسرار للدبوسي ١/٩٨٦.

(٤) شرح الجامع الصحيح للسالمي ٣/٥٧٦، ومن تطبيقات القاعدة: جواز شركة الوجوه لعموم قوله تعالى: ﴿أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المائدة: ١] ولو لم يقطع بحصول الربح لتجويز تعذر العمل، وذلك لأن الغالب وجوده، وتعذره نادر والنادر لا حكم له، البحر الزخار ٥/٩٤.

رقم القاعدة: ٣٤٤

نص القاعدة: مَا قَارَبَ الشَّيْءَ يُعْطَى حُكْمَهُ[(١)].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- ما قارب الشيء أعطي حكمه[(٢)].

٢- ما قرب من الشيء فحكمه حكمه[(٣)].

٣- ما قرب من الشيء يعطى حكمه[(٤)].

---

(١) فتح الباري لابن حجر ٢٠٧/٣، مواهب الجليل للحطاب ٦٥/٢، مرقاة المفاتيح لعلي القاري ٥٢١/٦، النوازل الصغرى للوزاني ٣١٠/١، مطالب أولي النهى للرحيباني ٥٦١/٥، حاشية ابن عابدين ١٨٤/٤، عون المعبود للعظيم آبادي ٣٠٩/١٠.

(٢) الجواهر الثمينة لابن شاس ٣٩٢/٢، المقاصد السنية للشعراني ص ٤٤، عمدة القاري للعيني ٢١٦/٨، طرح التثريب لأبي زرعة العراقي ٩٩/٣، شرح الزركشي الحنبلي على مختصر الخرقي ٢٧٥/٥، شرح الجامع الصحيح للسالمي ٤٤٤/١.

(٣) الموافقات للشاطبي ١٨٩/١، وبصيغة: ما قارب الشيء له حكمه: الذخيرة للقرافي ٣٦٦/٦، شرح صحيح مسلم للأبي ٤٠١/٣، فتاوى البرزلي ٤٠٣/٥، شرح الزرقاني للموطأ ١٧٥/١، ٢٧٧، سد الذرائع للبرهاني ٦٩٦/١، ٧٢٨، وبصيغة: القريب من الشيء في حكمه: عمدة القاري للعيني ٤٨٨/١، وبصيغة: ما قرب من الشيء له حكمه: الإتحاف للزبيدي ٧٠/٣، وبصيغة: الأقرب إلى الشيء في حكم ذلك الشيء: إبراز الضمائر للأزميري ٣٦٥/١، وبصيغة: القريب من الشيء له حكمه: النوازل الجديدة الكبرى للوزاني ٥٤٣/٧، وبصيغة: ما من الشيء قريب حكم له بحكمه، شرح اليواقيت الثمينة للسجلماسي ٢٤٦/١، وبصيغة: قريب الشيء له حكمه: كشف الحقائق لعبد الحكيم الأفغاني ٣٢٠/١، وبصيغة: ما قارب الشيء فهو في حكمه، موسوعة القواعد والضوابط الفقهية للدكتور علي الندوي ٤٢٣/١ نقلاً عن كتاب "الروايتين والوجهين" للقاضي أبي يعلى ١٥/٣.

(٤) شرح الزرقاني للموطأ ٦٦/١، حاشية ابن عابدين ٥٤٤/١، منحة الخالق لابن عابدين ٢٣٠/٥، التقعيد الفقهي للدكتور محمد الروكي ص ٥٤، وبصيغة: ما يقرب من الشيء يعطى حكمه: الاختيار للموصلي ١٤٣/٤.

٤- ما قارب الشيء هل يعطى حكمه[١]؟

٥- ما قرب من الشيء يأخذ حكمه[٢].

٦- للقرب عبرة[٣].

٧- حكم المقارب حكم مقاربه[٤].

قواعد ذات علاقة :

١- هل العبرة بالحال أو بالمآل؟[٥]. (خصوص وعموم من وجه باعتبار شطرها الثاني) .

٢- لا يثبت حكم الشيء قبل وجوده[٦]. (أصل استثنيت منه صور المقاربة الزمانية من القاعدة) .

---

(١) نواضر النظائر لابن الصاحب ١/٢٩/١، إيضاح القواعد للحجي ص ٩٨، ١٠٠، الأشباه والنظائر لابن الملقن ٢/١٣٠، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٨٢، وبصيغة: اختلف المالكية في إعطاء ما قرب من الشيء حكمه أو بقائه على أصله: القواعد للمقري ١/٣١٣، وبصيغة: ما قرب من الشيء هل يعطي حكمه أولاً: القواعد للمقري ١/٢٨٧، الذخيرة للقرافي ٦/٢٣١.

(٢) مجمع الأنهر لداماد أفندي شيخي زاده ١/٦٦٦، العناية للبابرتي ١/٥٢٥، عمدة القاري للعيني ٢/٤٥١، البناية للعيني ٢/٩٤٤، وبصيغة: ما قارب الشيء أخذ حكمه: الكليات الفقهية لابن غازي ٢/٧٢٩، شرح الأزهار لابن مفتاح ١/٦٣، ٦٤ و١/٦٦، المفصل لزيدان ٣/١٧٢، وبصيغة: ما قارب الشيء يأخذ حكمه التحقيق الباهر لهبة الله أفندي ٢/٤٧ (مخطوط)، وبصيغة: الشيء إذا ما قرب من شيء أخذ حكمه فتح الغفار لابن نجيم ١/١٢١، وبصيغة: الشيء إذا قرب من الشيء يأخذ حكمه، عمدة القاري للعيني ٤/٢٤٧، وبصيغة: ما يقرب إلى الشيء يأخذ حكمه: حاشية الشلبي على تبيين الحقائق ١/١٩٥، ٤٧٩، عمدة القاري للعيني ٣/٣٨٩، وبصيغة: ما يقرب من الشيء يأخذ حكمه: الهداية للمرغيناني ١/٥٠٧، الاختيار للموصلي ١/٧٢، كشف الحائق لعبد الحكيم الأفغاني ١/٧٢.

(٣) المبسوط للسرخسي ٣/٧.

(٤) البحر الزخار لأحمد بن المرتضى ٥/٢١١.

(٥) الأقمار المضيئة للأهدل ١/٢٧٢، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٦) الأشباه والنظائر لابن الملقن ٢/١٣٠، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

٣- المتوقع هل يجعل كالواقع؟[١]. (أخص باعتبار شطرها الأول).

٤- المشرف على الزوال هل يُعطى حكم الزائل؟[٢]. (أخص باعتبار شطرها الأول).

٥- الحريم له حكم ما هو حريم له[٣]. (متفرعة).

٦- الشيء إذا اتصل بغيره هل يُعطى له حكم مباديه أو حكم محاذيه[٤]. (أخص باعتبار شطرها الثاني).

٧- معظم الشيء يقوم مقامه كله[٥]. (أخص).

شرح القاعدة:

تقرر هذه القاعدة إلحاق الشيء في الحكم بما قاربه. وللمقاربة أوجه متعددة يمكن تلخيص ما اعتبره الفقهاء منها موجبًا لإعطاء المقارِب حكم المقارَب في أربعة:

١- **المقاربة الزمانية**: وهي إما أن تتعلق بوقوع الشيء أو بزواله، فالمتعلقة بوقوعه هي المقصودة بالشطر الأول من قاعدة: «المتوقع هل يجعل

---

(١) إيضاح القواعد للحجي ص ٩٨، الإعلام لأبي الوفا ٥٩/١، الأقمار المضيئة للأهدل ٢٧٢/١، نواضر النظائر لابن الصاحب ٢٩/١، الأشباه والنظائر لابن الملقن ١٣٠/٢، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٢) المنثور في القواعد للزركشي ١٦٦/٣، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٧٨، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٢٥، الأقمار المضيئة للأهدل ١٧٥/١، إيضاح القواعد الفقهية للّحجي ص ١١٠، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٤) شرح المنهج المنتخب للمنجور ١٣١/١، إيضاح المسالك للونشريسي ص١٨٥، وانظر: شرح اليواقيت الثمينة للسجلماسي ١٩٠/١، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٥) المنثور للزركشي ١٨٣/٣، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

كالواقع؟»، وأما اقتراب زوال الشيء فهو المراد بالشطر الأول من قاعدة: «المشرف على الزوال هل يعطى حكم الزائل؟».

٢- **المقاربة المكانية**: وأعم دلالة عليها هو التعبير عنها بالحريم في قاعدة: «الحريم له حكم ما هو حريم له» وما تفرع عنها[١]، وأوضح دلالة على هذا المعنى هو قاعدة: «ما قرب فله حكم الاتصال».

٣- التحصيل أو الانتهاء عن معظم الفعل أو الشيء أو العدد أو الصفة المطلوب فعلها أو اجتنابها شرعًا على هيئة أو قدر معين بحيث يجيء بها المكلف على نحو قريب من الأصل المطلوب والوجه المطلوب فيعتبر هذا التقريب كافيًا ومجزئًا[٢]. وهذا المعنى يدخل في عموم قاعدة «الأقل تبع لِلأكثرِ» وهو موضوع القاعدة المتفرعة عنها «معظم الشيء يقوم مقامه كله». ولا يخفى أن من لوازم اعتبار هذا المعنى اغتفار القليل[٣]».

وبهذا تتبين أوجه شمول متعلقات قاعدتنا لهذه المفاهيم الأربعة ودخولها في عموم التقديرات الشرعية حيث تقرر إعطاء المقارِب حكم المقارَب ولذا كان ارتباطها وثيقًا بشطر قاعدة: «هل العبرة بالحال أو بالمآل؟» القاضي بإعطاء الحكم للمآل. فبينهما - كما أوضح ذلك السبكي - عموم وخصوص من وجه. وبيان ذلك أن هذا الشطر من قاعدة: «هل العبرة بالحال أو بالمآل؟» «أعم من حيث إن الشيء يعطى في كل من حالتي الحال والمآل حكم الأمرين معًا؛ سواء كان أحدهما مقاربًا للآخر أم لا؛ وأخص من حيث إن مقارب الشيء يُعطى

(١) مثل قاعدتي: "حريم العقد يقوم مقامه"، مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٥٢٢/٤، وقاعدة: "حريم الممنوع ممنوع"، أحكام القرآن لابن العربي ١٧٣٩/٤، وموسوعة القواعد والضوابط الفقهية للدكتور علي الندوي ١٥٦/٢.

(٢) انظر: نظرية التقريب للدكتور أحمد الريسوني ص ٣١٠.

(٣) المعبر عنه بقاعدة: "اليسير معفو عنه أحكام القرآن للجصاص ٢٤٦/٣، الحاوي الكبير للماوردي ١٨٨/٢، بداية المجتهد لابن رشد الحفيد ١٨٣/٢، المغني لابن قدامة ٢٥٠/٢.

حكمه وإن لم يكن موضوعًا لأن يؤول إليه[١]».

وينبغي التنبيه إلى أن لهذه القاعدة وجها أصوليًا مفاده «أن الشيئين إذا تقاربا في العلة وكان أحدهما منصوصًا على حكمه والآخر غير منصوص عليه فإن غير المنصوص يُعطى حكم المنصوص من باب إلحاقه به وقياسه عليه»[٢].

والقاعدة التي بين أيدينا باعتبار وجهها المتعلق بالمقاربة الزمانية مستثناة من أصل شرعي قوي هو المعبر عنه بقاعدة: «لا يثبت حكم الشيء قبل وجوده»، إلا أنها مع ذلك مبنية على مبدأ شرعي راسخ ذي تأثير بالغ في القواعد والأحكام الفقهية هو قياس مقارب الشيء به لشدة الشبه بينهما مع ما يترتب على اعتبارها من مقاصد شرعية كرفع الحرج والتوسعة على المسلمين. وقد تبوأ هذا الأصل مكانة في الشريعة جعلته المنطلق والفكرة الأساسية لنظرية كبرى متكاملة هي نظرية «التقريب والتغليب»[٣].

وحيث إن قاعدتنا يتجاذبها هذان الأصلان[٤] القويان فإنه قد وقع فيها خلاف عند بعض المذاهب مراعاة لتأثيرهما وانعكس هذا الخلاف على بعض

---

(١) الأشباه والنظائر للسبكي ١/٩٨.

(٢) نظرية التقعيد الفقهي للدكتور محمد الروكي ص ٤٩٢.

(٣) يقول الدكتور الريسوني: الفكرة الأساسية لهذه النظرية... هي أننا فيما نسعى إليه من أمور علمية أو عملية قد نحقق مبتغانا وننجز مطلوبنا على أكمل الوجوه وأتم الصور وقد لا نصل إلى ذلك. فإذا وصلنا إلى الكمال والتمام واليقين فبها ونعمت وإذا لم نصل فهاهنا تأتي نظرية "التقريب والتغليب"، نظرية التقريب والتغليب للدكتور أحمد الريسوني ص ١٣، ومن أمثلة ذلك: "المقادير التي حددها الشرع - سواء الموزونة أو المعدودة أو غيرها - وكذلك تلك التي تحدد بالقضاء، أو بعهود الناس وأعرافهم، هذه المقادير قد يتعذر وقد يتعسر الإتيان بها بتمامها. ففي هاتين الحالتين، ليس ضروريًا التمسك بهذه التحديدات بحذافيرها، بل الأمر أهون من أن يحتاج إلى التشديد والتضييق، وخصوصًا إن كانت الفروق طفيفة، وكانت الصور الممكنة قريبة من الأصل المحدد. وقد صرح الإمام الشاطبي بأن التقريب في هذه المجالات أصل من الأصول المعتمدة في الشرع، وأن التشديد والتدقيق في مثل هذه الحالات إنما هو تنطع وتكلف". نظرية التقريب ص٨٨.

(٤) وهما: "أن الشيء لا يثبت حكمه قبل وجوده" و" قياس مقارب الشيء به ".

الفروع المخرجة عليها. فقد أوردها المالكية والشافعية بصيغ استفهامية متنوعة دالة على الخلاف فيها مثل قولهم: «ما قارب الشيء هل يُعطى حكمه؟». غير أن الذي تدل عليه كثرة دورانها في كتب الفقه هو اعتمادها في شتى المذاهب والاستناد إليها فيما لا يحصى من الفروع الفقهية وهذا ما دعا بعض الباحثين في مجال التقعيد الفقهي إلى اعتبارها من كبريات القواعد الفقهية(١) وقاعدة جليلة قد تتخرج عليها مسائل مهمة في إطار المعاملات المالية(٢) وغيرها من أبواب الفقه، وأصلاً ثابتًا مستقرًا ولو تُنوزع في بعض تطبيقاته وشروطه(٣).

أدلة القاعدة :

١- قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ [البقرة: ٢٣١].

٢- وقوله: ﴿فَإِذَا قَرَأْتَ ٱلْقُرْءَانَ فَٱسْتَعِذْ بِٱللَّهِ﴾ [النحل: ٩٨].

٣- وقوله: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا قُمْتُمْ إِلَى ٱلصَّلَوٰةِ فَٱغْسِلُواْ وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى ٱلْمَرَافِقِ﴾ [المائدة: ٦] ووجه الاستدلال بهذه الآيات هو اعتبار ما قارب الوقوع كالواقع فيها؛ فمعنى فبلغن أجلهن في الآية الأولى قاربن انقضاء العدة وليس المراد انقضاؤها لأنه ليس بيد الزوج الإمساك حينئذ(٤)؛ وكذلك «قرأت القرآن» و«قمتم إلى الصلاة» في الآيتين فمعناهما إرادة الفعل ومقاربته ومثل هذا كثير(٥).

---

(١) التقعيد الفقهي للدكتور محمد الروكي ص٤٩٩.

(٢) موسوعة القواعد والضوابط الفقهية للدكتور علي الندوي ١/٤٢٣.

(٣) انظر: نظرية التقريب والتغليب للدكتور أحمد الريسوني ص ٨٧.

(٤) انظر: تفسير التسهيل لعلوم التانزيل لابن جـزي ١/٨٣، خلافًا للظاهرية، انظر: المحلى لابن حزم ٨/٣٥٦.

(٥) انظر: تفسير القرطبي ٦/٣٤٨، وانظر: أحكام القرآن للجصاص ٢/٩٨.

٤- حديث أبي رافع مرفوعًا: «مولى القوم منهم»[١].

ووجه الاستدلال بهذا الحديث أن الولاء في معنى القرب المعنوي وقد قرر الشارع إلحاق مولى القوم بهم[٢].

٥- قياس مقارِب الشيء عليه بجامع التشابه بينهما في المعنى والقصد[٣].

تطبيقات القاعدة:

١- رؤية الهلال نهارًا ممكنة لعارض يعرض في الجو يقل به ضوء الشمس أو يكون الرائي قوي النظر وهي بعد الزوال لليلة المقبلة وقبله لليلة الماضية للقرب من كل واحدة منهما[٤] وما قارب الشيء يعطى حكمه.

٢- من اشترى سلعة بعينها قائمة واشترط أن يقبضها إلى يوم أو نحو ذلك فلا بأس به إن اشترطه المشتري على البائع أو اشترطه البائع على المشتري لأن يومين قريب، وإن كانا في سفر وكان ذلك دابة فله أن يركبها ذينك اليومين. لأن ما قارب الشيء يُعطى حكمه[٥].

٣- من لم يكن لهم قوت معلوم يلزمهم إخراج زكاة الفطر من قوت أقرب البلاد إليهم[٦]. لأن ما قارب الشيء يُعطى حكمه.

---

(١) رواه أحمد ٢٨٩/٣٩، ٣٠٠ (٢٣٨٦٣) (٢٣٨٧٢)، وأبو داود ٣٦٨/٢ (١٦٤٧)، والترمذي ٤٦/٣ (٦٥٧) وقال حسنٌ صحيح. واللفظ له.

(٢) انظر: شرح المنهج المنتخب للمنجور ١/١٢٤-١٢٥ نقلا عن ابن رشد.

(٣) نظرية التقعيد الفقهي للدكتور محمد الروكي ص٤٩٢- ٤٩٣.

(٤) اختاره أبو بكر والقاضي وقدمه في المحرر، انظر: المبدع شرح المقنع لابن مفلح ٧/٣، شرح الجامع الصحيح للسالمي ٣٧/٢.

(٥) انظر: المدونة الكبرى ٢٨/٩، وعن مالك أن رسول الله ﷺ اشترى من جابر بن عبد الله بعيرًا له في سفر من أسفاره قريبًا من المدينة وشرط له رسول الله ﷺ ظهره إلى المدينة. نفس المرجع.

(٦) انظر: سد الذرائع للبرهاني ٦٩٦/١.

٤- تصح صلاة بعض المأمومين الجمعةَ في الطرق المتصلة بالمسجد... لأن الطرق قريبة من المسجد لكونها متصلة به ومعلوم أن ما قارب الشيء يُعطى حكمه(١).

٥- تجوز الجماعة بمدرسة متصلة بالمسجد وتجوز الجماعة في فناء المسجد للحر(٢). لأن المدرسة والفناء كليهما متصل بالمسجد وما قارب الشيء يُعطى حكمه.

٦- من سها عن القعدة الأولى ثم تذكر وهو إلى حالة القعود أقرب، عاد وقعد وتشهد، لأن ما يقرب من الشيء يأخذ حكمه(٣).

٧- يتحصن البالغ بوطء المراهقة وتتحصن البالغة بوطء المراهق، لأن ما قارب الشيء أعطي حكمه(٤).

٨- من أتى بأعلى السر في قراءته الجهرية في الصلاة فإنه لا يسجد للسهو لقرب أعلى السر من الجهر(٥) وما قارب الشيء أعطي حكمه.

٩- الأصل في الصانع أن يقبض أجرته فور انتهاء عمله، فإذا أنهى عمله ودفع المصنوع لصاحبه وادعى بالقرب من ذلك أنه لم يقبض أجرته، كان القول قوله مع يمينه، لأنه كمن ادعى ذلك قبل دفعه المصنوع

---

(١) انظر: النوازل الصغرى للوزاني ١/ ١٣٠.

(٢) انظر: التحقيق الباهر لهبة الله أفندي ٢/ ٤٧.

(٣) انظر: الهداية للمرغيناني ١/ ٥٠٧.

(٤) انظر: شرح الزركشي الحنبلي على مختصر الخرقي ٥/ ٢٧٥، ولذلك فإن النساء يحتجبن عنه أيضًا، يقول أطفيش: "المراهق كالبالغ لظهوره على عورات النساء فيجب أن يحتجبن عنه وليس هو بمكلف، ولكن يؤمر أمر تأديب". شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ١/ ١٧٣، وللإمامية قول جار على القاعدة - مخالف للأشبه عندهم - بأنه يقع بنكاحه ووطئه تحليل البائنة، انظر: شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام للحلي ٣/ ١٧.

(٥) انظر: شرح الخرشي لمختصر خليل ١/ ٣١٠.

لصاحبه، من باب أن ما قارب الشيء يُعطى حكمه[١].

١٠- جعل المهر كاملاً عند الزيدية والحنفية للخلوة، ونزلوها منزلة الدخول لأنها مقاربة وملازمة له، وحكم المقارب حكم مقاربه[٢].

بدي أحمد سالم

* * *

(١) انظر: التقعيد الفقهي للدكتور محمد الروكي ٤٩٩/١.
(٢) البحر الزخار لأحمد بن يحيى المرتضى ٢١١/٥.

رقم القاعدة: ٣٤٥

نص القاعدة : "هَلِ الْعِبْرَةُ بِالْـحَالِ أَوْ بِالْـمَآلِ؟"[١] .

ومعها :

١- إذا اختلف حكم الشيء بالنظر إلى حاله ومآله، فبم يعتبر منهما في العبادات؟

٢- المتوقّع هل يجعل كالواقع؟

٣- الضّرر المتوقّع كالمتحقّق.

٤- التّحريم المتوقع لا يؤثر في الحال عدم الحل كما أن الحل المتوقع لا يؤثر في منع الحل في الحال.

صيغ أخرى للقاعدة :

١- هل ينظر إلى الحال، أو إلى المآل[٢].

٢- إذا كان للشيء حال ومآل وكان الحكم يختلف فما الذي يقدم؟[٣].

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص١٧٨. وانظر: الأشباه والنظائر لتاج الدين السبكي ١/٩٨.
ووردت بلفظ: "هل الاعتبار بالحال أو بالمآل؟" الأشباه والنظائر لابن السبكي ١/١٠٣، ١٠٤.
وبلفظ "الاعتبار في الحال أو المآل" البيان في مذهب الإمام الشافعي للعمراني ٥/٤٦.

(٢) شرح ميارة على تحفة ابن عاصم ١/٧٣. ووردت بلفظ "النظر إلى الحال أو المآل" الأشباه والنظائر لابن الملقن ٢/٧١، عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ١/٣٠٣.

(٣) الروض المبهج بشرح بستان فكر المهج لميارة ص٤٣٧.

قواعد ذات علاقة :

١- لا يثبت حكم المعلوم قبل وقوعه[١]. (أصل استثنيت منه القاعدة).

٢- لا يثبت حكم الشيء قبل وجوده[٢]. (أصل لأحد شطري القاعدة استثني منه شطرها الثاني)[٣].

٣- ما قارب الشيء يعطى حكمه؟[٤]. (عموم وخصوص وجهي).

٤- المتوقع هل يجعل كالواقع؟[٥]. (أخص).

٥- المشرف على الزوال هل يعطى حكم الزائل؟[٦]. (أخص).

٦- هل ينزل الاكتساب منزلة المال الحاضر؟[٧]. (أخص).

٧- هل النظر إلى حال التعليق أو حال وجود الصفة[٨]. (أخص).

٨- إذا اختلف حكم الشيء بالنظر إلى حاله ومآله فبم يعتبر منهما في باب العبادات[٩]. (أخص).

---

(١) الأشباه والنظائر لتاج الدين السبكي ١/٩٧، ٢٧٥.

(٢) الأشباه والنظائر لتاج الدين السبكي ١/٩٧، ٢٧٥. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٣) بمعنى أنها أصل لشطر القاعدة الأول وهو "العبرة بالحال" استثني منه شطرها الثاني وهو "العبرة بالمآل".

(٤) انظر: الأشباه والنظائر لتاج الدين السبكي ١/٩٨، ٢٧٥. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٥) الأشباه والنظائر لتاج الدين السبكي ١/٩٨، ٢٧٥.

(٦) الأشباه والنظائر لتاج الدين السبكي ١/٩٨، المنثور للزركشي ٣/١٦٦. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٧) انظر: القواعد لتقي الدين الحصني ٣/٩٦، المجموع المذهب للعلائي ٢/٨٣، ٣٦٥، أشباه السيوطي ص١٨٠. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٨) الأشباه والنظائر لتاج الدين السبكي ١/٩٨. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٩) القواعد للمقري ٢/٦٠٥. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

٩- الشيء إذا اتصل بغيره هل يعطى له حكم مباديه أو حكم محاذيه[١] (أخص).

١٠- من عجل عبادة قبل وقت الوجوب ثم جاء وقت الوجوب وقد تغير الحال بحيث لو فعل المعجل في وقت الوجوب لم يجزئه فهل تجزئه أم لا؟[٢]. (أخص).

شرح القاعدة:

المراد بالحال في القاعدة: الوقت الذي صدر فيه التصرف من المكلف.

والمآل في اللغة: من آل الشيء إلى كذا: أي رجع وصار إليه[٣]. ومآل الفعل: النتيجة التي يرجع إليها.

ولا يخرج المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللغوي، فيكون معناه: الأثر أو النتيجة التي تترتب على الشيء.

والمراد بالمآل في القاعدة: المستقبل الذي يصير إليه الشيء في نهاية أمـــره[٤].

والمعنى الإجمالي للقاعدة: هل الاعتبار في تصرف المكلف بوقت صدوره منه، أي حال القول أو الفعل، أو العبرة بما يصير إليه الأمر في النهاية؟

والقاعدة - كما يبدو من صيغتها الاستفهامية المختارة- من القواعد

---

(١) إيضاح القواعد للونشريسي ص١٨٥، شرح المنهج المنتخب للمنجور ١/١٣١. وانظر: شرح اليواقيت الثمينة للسجلماسي ١/١٩٠. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٢) القواعد في الفقه لابن رجب الحنبلي، القاعدة الخامسة ص ٦. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٣) انظر: النهاية في غريب الحديث والأثر لابن الأثير ١/٨٠، لسان العرب لابن منظور ١١/٣٣، ٣٤.

(٤) انظر: إيضاح القواعد للحجي ص ٩٩، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو ٦/٣٧٤.

الخلافية بين الفقهاء، وقد وقع الخلاف فيها حتى داخل كل مذهب.

وقد مثّل فقهاء الشافعية للقاعدة بأمثلة كثيرة جدًا، وأشار العلائي في قواعده إلى كثرة فروعها بقوله - بعد أن ذكر لها أكثر من أربعين فرعًا: «والمسائل في هذه القاعدة كثيرة جدًا»[(١)]. وأكثر الفروع التي مثّل بها ذكر أن فيها وجهين؛ ما يدل على قوة الخلاف في القاعدة. لكن هناك مسائل جزموا فيها باعتبار الحال، وأخرى جزموا فيها باعتبار المآل، وبقيت مسائل أخرى فيها الخلاف.

قال السيوطي: «جُزم باعتبار الحال في مسائل: منها: إذا وهب للطفل من يعتق عليه وهو معسر وجب على الولي قبوله، لأنه لا يلزمه نفقته في الحال، فكان قبول هذه الهبة تحصيل خير، وهو العتق بلا ضرر، ولا ينظر إلى ما لعله يتوقع من حصول يسار للصبي، وإعسار لهذا القريب؛ لأنه غير متحقق أنه آيل. وجُزم باعتبار المآل في مسائل: منها: بيع الجحش الصغير جائز، وإن لم ينتفع به حالاً لتوقع النفع به مآلاً. ومنها: جواز التيمم لمن معه ماء يحتاج إلى شربه في المآل، لا في الحال. ومنها: المساقاة على ما لا يثمر في السنة، ويثمر بعدها جائز بخلاف إجارة الجحش الصغير؛ لأن موضوع الإجارة تعجيل المنفعة، ولا كذلك المساقاة، إذ تأخر الثمار محتمل فيها»[(٢)].

أما الحنفية فلم يرد عندهم ذكر القاعدة بلفظها في كتب القواعد أو الفروع، لكنهم تطرقوا إلى موضوعها وذكروا كثيرًا من تطبيقاتها في أبواب مختلفة. ويعد السرخسي من أقدم من أشار من الحنفية إلى اختلاف حكم الحال والمآل، وذلك في كلامه عن تخليل الخمر. قال – رحمه الله: «الخمر جوهر

---

(١) المجموع المذهب للعلائي ٣/٣٨٩.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص١٨٠. وانظر: أشباه ابن السبكي ١/١٠٤.

فاسد، فإصلاحه بإزالة صفة الخمرية عنه، والتخليل إزالة لصفة الخمرية، فعرفنا أنه إصلاح له، وهو كدبغ الجلد، فإن عين الجلد نجس، ولهذا لا يجوز بيعه. ولو كانت النجاسة بما اتصل به من الدسومات لجوز بيعه كالدسومات النجسة، ولكن الدبغ إصلاح له من حيث إنه يعصمه عن النتن، والفساد، فكان جائزًا شرعًا، ولا معنى لما قال إن هذا إفساد في الحال لما يلقى فيه؛ لأن هذا موجود في دبغ الجلد، فإنه إفساد لما يجعل فيه من الشب، والقرظ، وهذا إصلاح باعتبار مآله، والعبرة للمآل لا للحال، فإن إلقاء البذر في الأرض يكون إتلافًا للبذر في الحال، ولكنه إصلاح باعتبار مآله»[1] فالسرخسي -رحمه الله- جزم بأن العبرة للمآل لا للحال في المثالين اللذين ذكرهما.

وجاء في مجمع الأنهر: «والعبرة بحالة الرمي، لأن الرمي فعل الرامي ولا فعل له بعده يوجب اعتبار حاله في حق المحل والضمان عند ذلك لا الوصول، أي ليس المعتبر حالة الوصول في تبدل حال المرمي عند الإمام فلو رمى مسلمًا، عمدًا فارتد فوصل، السهم إليه فمات تجب الدية، عنده؛ لأن التضمين لورثة المرتد لكونه معصومًا وقت الرمي لا القصاص لاندرائه بالشبهة فتجب الدية»[2]. وفيه أيضًا: «فإن ضُرِبت، أي الأمة فحرر سيدها حملها فألقته حيًا فمات تجب قيمته، حيًا لا ديته، لأن الحكم يترتب على سببه فسبب القتل هنا الضرب السابق فحمل عليه فلزمته قيمته حيًا إذ السبب وقع في حالة الرق وقد مر أن العبرة بحالة الرمي لا الوصول فلا تجب الدية»[3]. ففي الأمثلة السابقة جزموا باعتبار الحال.

أما المالكية فقد ذكروا القاعدة بنصها وذكروا الخلاف فيها في كتب

---

(١) المبسوط للسرخسي ٢٤/٢٣.

(٢) مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر لداماد أفندي شيخي زاده ٢/٦٣٦.

(٣) مجمع الأنهر ٢/٦٥٠.

القواعد والفروع. ومن ذلك: ما جاء في حاشية العدوي: «يجوز بيع المدمس باليابس، والقمح بالهريسة يدًا بيد؛ لانتقال المدمس والمطبوخ عن أصله، كما يجوز اليابس بالرطب من غير الجنس؛ لأن المماثلة إنما تعتبر في الجنس الواحد بشرط أن لا ينتقل أحد العوضين عن الأصل. [قوله: ومنع عبد الملك] ومنشأ الخلاف هل يعتبر الحال فتجوز المماثلة أو المآل فلا، لاحتمال أن ينقص أحدهما أكثر من الآخر؟»(١).

وقد أشار القرافي -رحمه الله- إلى القاعدة في الفرق الرابع والخمسين بين قاعدة ما ليس بواجب في الحال والمآل، وبين قاعدة ما ليس بواجب في الحال وهو واجب في المآل. وذكر أن: «الأول لا يجزئ عن الواجب، والثاني قد يجزئ عنه»(٢). وقد أوضح هذا الفرق بذكر بعض المسائل، منها: «الزكاة إذا عجلت قبل الحول إما بالشهر ونحوه عندنا وإما في أول الحول عند الشافعي فهذا المعجل ليس بواجب، فإن دوران الحول شرط في الوجوب، والمشروط لا يوجد قبل شرطه، فإذا دار الحول وتوجه الخطاب بوجوب الزكاة عليه أجزأ عنه ما تقدم مع أنه غير واجب. فما الفرق بين هذا المخرج وبين ما إذا نوى بإخراجه صدقة التطوع فإنه لا يجزئ عنه؟ والفرق أن صدقة التطوع ليست بواجبة في الحال ولا في المآل فلم تجزئ عنه، وأما المعجل للزكاة فهو قاصد بالمخرج الواجب على تقدير دوران الحول ولم يقصد التطوع، وإذا قصد به الواجب في المآل فما أجزأ عن الواجب إلا واجب»(٣).

ويظهر من الأمثلة التي ذكرها القرافي -رحمه الله- أن ما يؤول إلى الوجوب فالعبرة فيه بالمآل بخلاف ما لم يجب أصلاً.

---

(١) حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني ٢/ ١٧٢.
(٢) الفروق للقرافي ٢/ ٢٤.
(٣) الفروق ٢/ ٢٤ -٢٥.

وذكر المقري القاعدة بنصها في قواعده لكنه لم يتوسع في بيانها وأمثلتها. قال -رحمه الله: «قاعدة: المآل إذا خالف حكمه حكم الحال. قال مالك: يعتبر الحال به فلا نصوم بخبر الواحد وإن قلنا الرؤية من باب الخبر، لئلا يفطر به، والمخالف ينكر، أو يصام أحد وثلاثون يومًا، والشريعة تأباه»[(١)].

ومن الفروع التي مثّل بها المقري -رحمه الله- وغيره للقاعدة: ما جاء في كتاب (الصرف من المدونة) من الخلاف في اقتضاء الحنطة السمراء عن الحنطة المحمولة قبل الأجل؛ وذلك أن السمراء أفضل من المحمولة، وقد تغلو المحمولة وقت الحرث لرغبة الناس في زراعتها، فمن نظر إلى الحال أجاز اقتضاء السمراء عن المحمولة؛ لأن قضاء الأفضل صفة جائز قبل الأجل وبعده، ومن نظر إلى المآل منع؛ إذ قد تغلو المحمولة عند الأجل فيصير كأنه قضاه أقل صفة قبل الأجل وهو ممنوع[(٢)].

ومـن متأخـري المالكية الذين ذكروا القاعدة والخلاف فيها: الشيخ ميارة رحمه الله، فقد قال في نظم التكميل:

وما له حالٌ مع المآلِ... الأول اعتبرَ وقيل التالي[(٣)].

وأشار إلى الخلاف فيها عند المالكية بقوله: «إذا كان للشيء حال ومآل وكان الحكم يختلف بالنظر إلى حاله ومآله فقد اختلفوا فيما يعتبر منها»[(٤)]. ومثل لها بمسائل، منها: ما ذكره صاحب (التوضيح) في شرح قول ابن الحاجب في القراض وهديته: «لا يجوز ما لم يكن مثلها» قال: «وأما هدية العامل لرب المال فإن لم يُشغل المال مُنعت بالاتفاق، وإن شغله فللمتأخرين قولان بناء على

(١) القواعد للمقري ٥٤٩/٢ -٥٥٠.
(٢) انظر: المدونة للإمام مالك ٤٠/٣، ٤١، القواعد للمقري ٦٠٦/٢ - ٦٠٧، الروض المبهج بشرح بستان فكر المهج، المعروف بشرح ميارة على نظم التكميل ص٤٣٧ ، ٤٣٨.
(٣) شرح ميارة على نظم التكميل ص٤٣٧.
(٤) المرجع السابق.

اعتبار الحال والمآل، واختار ابن يونس المنع مطلقًا»[١] فمن اعتبر الحال أجاز؛ إذ ليس له أن ينزع المال من يده بعد أن شغله بأن اشترى عليه سلفًا. ومن اعتبر المآل وهو ما إذا باع تلك السلع ونض المال منع؛ إذ لرب المال حينئذ أخذ ماله؛ فتكون هدية العامل له ليبقيه في يده؛ ومن أخر ما وجب له عد مسلفًا؛ فيكون سلفًا جر نفعًا[٢].

وقد ذكر المقري -رحمه الله- خلاف المالكية في قاعدة أخرى أخصّ من قاعدة الحال والمآل، وهي قاعدة: «إذا كان للشيء مآلان مختلفا الحكم فهل يعتبر بأولهما أو بآخرهما؟»[٣]. ففي قول عند المالكية: العبرة بالحال. والقول الثاني: العبرة بالمآل الأول. والقول الثالث: العبرة بالمآل الثاني. وقد مثّل لها ببيض الصيد إذا كسره المحرم أو مَن في الحرم. فمن اعتبر الحال أوجب فيه حكومة تقدر بالاجتهاد بأن يقوّم البيض بالطعام؛ فيختلف بكبار البيض وصغارها ورجاء السلامة لها. ومن اعتبر المآل الأول وهو صيرورته جنينًا أوجب فيه عشر دية الأم. ومن اعتبر المآل الثاني وهو صيرورته فرخًا أوجب فيه ما يجب في الفرخ، وهو الجزاء كاملاً[٤].

أما الحنابلة فلم يذكروا القاعدة أو الخلاف فيها بنصها، لكنهم تعرضوا لموضوع الحال والمآل والخلاف في اعتبار أحدهما في بعض القواعد الخاصة بالعبادات -كما سيأتي. وكذلك تطرقوا له في باب المعاملات في قاعدة «العبرة في العقود بما في نفس الأمر لا بما في ظن المكلف»[٥] التي تبين أن العبرة

---

(١) التوضيح شرح جامع الأمهات لخليل بن إسحاق ٧/٢٦١، وانظر: شرح مختصر خليل للخرشي ٥/٢٣٠، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ٣/٢٤٣.

(٢) انظر: الروض المبهج ص٤٣٧.

(٣) القواعد للمقري ٢/٦٠٦. ووردت بلفظ: "الشيء إذا كان له مآلان هل يعتبر الحال أو المآل الأول أو الثاني؟" في شرح ميارة على نظم التكميل ص٤٣٩.

(٤) انظر: القواعد للمقري ٢/٦٠٦، شرح ميارة على نظم التكميل ص٤٤٠، ٤٤١.

(٥) وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

عندهم بالمآل في معاملات المكلف، وبخاصة في العقود[١].

ومما سبق يظهر أن القاعدة مختلف فيها، ولا يطلق فيها ترجيح الحال أو المآل، فالخلاف فيها مطرد والترجيح مختلف، كما ذكر العلائي والسيوطي[٢].

وقد تفرع عن قاعدة «العبرة بالحال أم بالمآل» قواعد وضوابط أخرى كثيرة؛ فهي كما قال ابن السبكي: «أصل كبير يتخرج عليه مسائل هي أمهات في أنفسها وقواعد في أبوابها. منها: هل الاعتبار بالتكافؤ في القصاص بحالة الجرح أو بحالة الزهوق؟ ومنها: هل الاعتبار بالإقرار للوارث بكونه وارثًا - حال الإقرار أو حال الموت؟ ومنها: هل الاعتبار بالثلث الذي يتصرف فيه المريض بحال الوصية أو حال الموت. ومنها: هل الاعتبار في الصلاة المقضية بحال الأداء أو بحال القضاء. ومنها: هل الاعتبار في تعجيل الزكاة بحال الحول أو حال التعجيل. ومنها: هل الاعتبار في الكفارة المرتبة بحال الوجوب أو بحال الأداء. ومنها: هل الاعتبار بحال التوكيل أو بحال إنشاء التصرف؟ ومنها: هل اعتبار طلاق السنة والبدعة بحال الوقوع أو بحال التعليق. وهذا يدخل في قولنا: هل النظر إلى حال التعليق أو حال وجود الصفة؟»[٣].

فمن هذا النص تتضح أهمية القاعدة، وكثرة القواعد المتفرعة عنها، ودخولها في العبادات والمعاملات. فمجال العمل بها واسع جدًا، ويشمل غالب أبواب الفقه. وقد سبق قول العلائي الذي مثّل لها بأكثر من أربعين فرعًا: «والمسائل في هذه القاعدة كثيرة جدًا»[٤].

---

(١) انظر: موسوعة القواعد والضوابط الفقهية للدكتور علي الندوي ١/٣١٨.

(٢) انظر: المجموع المذهب ٣/٣٦٨، أشباه السيوطي ص ١٧٨.

(٣) الأشباه والنظائر لابن السبكي ١/٣٠ - ١٠٤. وقد سبق ذكر بعض القواعد المتفرعة عنها في القواعد ذات العلاقة.

(٤) المجموع المذهب ٣/٣٨٩.

أدلة القاعدة:

يستدل على أن «العبرة بالحال» بما يلي:

١- عن أبي سعيد الخدري قال: «خرج رجلان في سفر، فحضرت الصلاة وليس معهما ماء، فتيمما صعيدًا طيبًا فصليًا، ثم وجدا الماء في الوقت، فأعاد أحدهما الصلاة والوضوء ولم يعد الآخر، ثم أتيا رسول الله ﷺ فذكرا ذلك له فقال للذي لم يعد: «أصبت السنّة، وأجزأتك صلاتك»[(١)]. ووجه الدلالة: أن الرجل صلى متيممًا في حال فقد الماء، ثم وجد الماء في المآل قبل خروج وقت الصلاة، فأخبره النبي ﷺ أنه أصاب السنّة وصلاته صحيحة، ولم يأمره بالإعادة بعد أن وجد الماء في الوقت، فدل على أن العبرة هنا بالحال.

٢- عن أبي هريرة رضي الله عنه، قال: «أتى النبي ﷺ رجل، فقال: هلكت، قال: «ولم؟» قال: وقعت على أهلي في رمضان، قال: «فأعتق رقبة» قال: ليس عندي، قال: «فصم شهرين متتابعين» قال: لا أستطيع، قال: «فأطعم ستين مسكينًا» قال: لا أجد، فأتي النبي ﷺ بعرق فيه تمر، فقال: «أين السائل؟» قال: ها أنا ذا، قال: «تصدق بهذا» قال: على أحوج منا يا رسول الله، فوالذي بعثك بالحق، ما بين لابتيها أهل بيت أحوج منا، فضحك النبي ﷺ حتى بدت أنيابه، قال: «فأنتم إذًا»[(٢)]. ووجه الدلالة: أن النبي ﷺ أسقط الكفارة عن الصحابي، ولم يأمره أن يقضيها إذا اغتنى أو استطاع الصيام، فدل على أن العبرة في قضاء الكفارة بالحال.

---

(١) رواه أبو داود ٩٣/١ (٣٣٨)، والنسائي ٢١٨/١ (٤٣٣)، والدارمي ٥٧٦/١ (٧٧١). واللفظ لأبي داود.

(٢) رواه البخاري ١٤٥/٨ (٦٧١١) واللفظ له، ورواه بلفظ مقارب ٣/١٦٠، ٣٢ (١٩٣٦) (١٩٣٧) (٢٦٠٠)، ٦٦/٧ (٥٣٦٨)، ٢٣/٨، ٣٨، ١٤٤، ١٦٦ (٦٠٨٧) (٦١٦٤) (٦٧٠٩) (٦٧١٠) (٦٨٢١)، ومسلم ٧٨١/٢-٧٨٢ (١١١١).

ويستدل على أن «العبرة بالمآل» بما يلي:

٣- ما روي عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، قال: «قضى رسول الله ﷺ في رجل طعن رجلاً بقرن في رجله، فقال: يا رسول الله، أقدني، فقال له رسول الله ﷺ: «لا تعجل حتى يبرأ جرحك»، قال: فأبى الرجل إلا أن يستقيد، فأقاده رسول الله ﷺ منه، قال: فعرج المستقيد، وبرأ المستقاد منه، فأتى المستقيد إلى رسول الله ﷺ، فقال له: يا رسول الله، عرجت، وبرأ صاحبي؟ فقال له رسول الله ﷺ: «ألم آمرك ألا تستقيد، حتى يبرأ جرحك؟ فعصيتني فأبعدك الله، وبطل جرحك» ثم أمر رسول الله ﷺ بعد الرجل الذي عرج: «من كان به جرح، أن لا يستقيد، حتى تبرأ جراحته، فإذا برئت جراحته استقاد»[1]. ففي أمر النبي ﷺ بعدم القود في الجراحات حتى يحصل البرء وتؤمن السراية دليل على أن العبرة في الجراحات والجنايات بالمآل[2].

٤- دليل عقلي، وهو: أن ما حدث في المآل لو كان موجوداً في الحال لأثر في الحكم، فيقـاس حكم المآل على حكم الحال ويُعطى حكمه[3].

---

(١) رواه أحمد ٦٠٦/١١ (٧٠٣٤) عن عمـرو بن شعيب عن أبيه عن جده. ورواه الدارقطني في سننه ٧٣/٤ (٣١١٩)، والبيهقي في السنن الكبـرى ١١٧/٨ (١٦١١١)، وفي الصغير ٢٢٤/٣ (٢٩٩٩)، وعبد الرزاق ٤٥٢/٩ (١٧٩٨٦)، والطحـاوي في شرح مشكل الآثار ٧٦/١٥ - ٧٦ (٥٨٤٩)، (٥٨٥٠)، كلهم عن محمد بن طلحة بن يزيد بن ركانة.

(٢) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ١٣٨/٦، مجمع الأنهر لداماد أفندي (شيخي زاده) ٦٤٨/٢، قرة عيون الأخبار لتكملة حاشية ابن عابديـن لعلاء الدين بن عابدين ١٥٥/٧، تكملة الطوري للبحر الرائق ٣٨٨/٨.

(٣) انظر: أثر القواعد الفقهية المختلف فيها في اختلاف الفقهاء لنجاح أبي العينين ص٤٠٥.

تطبيقات القاعدة :

أولاً- تطبيقات هي أحكام جزئية :

١- من عليه دين مؤجل يحل قبل رجوعه، فهل له السفر إذ لا مطالبة في الحال، أو لا إلا بإذن الدائن لأنه يجب في غيبته؟ وجهان، أصحهما الأول[١].

٢- لو أسلم فيما يعم وجوده عند المحل، فانقطع قبل الحلول، فهل يتنجز حكم الانقطاع. وهو ثبوت الخيار في الحال، أو يتأخر إلى المحل؟ وجهان. أصحهما: الثاني[٢].

٣- إذا اشترى معيبًا ولم يعلم بالعيب حتى زال، فعلى أن العبرة بالحال: يثبت له الخيار. وعلى أن العبرة بالمآل: لا يثبت[٣].

٤- إذا باع سيارة أو دارًا لآخر بثمن مجهول القدر في الحال، ومعلوم القدر في المآل، كأن يقول له: بعتك بما اشترى به فلان، وكان المشتري لا يعلم الثمن، فهل يصح البيع؟ على أن العبرة بالحال: لا يصح[٤]. وعلى أن العبرة بالمآل: يصح لإمكان العلم بالثمن[٥].

٥- يجوز بيع سمك المزارع السمكية والأحواض للقدرة على تسليمه ولو بمشقة في المآل[٦].

---

(١) أشباه السيوطي ص ١٧٩.
(٢) المصدر نفسه.
(٣) انظر: أشباه ابن الوكيل ٢/٣١٠، المجموع المذهب ٣/٣٧٠.
(٤) والقول بعدم صحة البيع هـو الأصح عنـد الشافعيـة لأنه غرر يسهل اجتنابه. انظر: أشباه ابن الوكيل ٢/٣١٩، المجموع المذهب ٣/٣٨٠، الشرح الكبير "فتح العزيز شرح الوجيز" للرافعي ٨/١٤٠، روضة الطالبين للنووي ٣/٣٦٤.
(٥) وهناك قول ثالث عند الشافعية، وهو: أنه إذا حصل العلم قبل التفرق صح البيع. انظر: السابق.
(٦) انظر: أشباه ابن الوكيل ٢/٣١٨، المجموع المذهب ٣/٣٧٨. والقول الآخر: أنه لا يجوز اعتبارًا لتعذر التسليم في الحال.

٦- إذا أوصى لوارث فحجب عن ميراثه، أو لغير وارث فصار وارثًا، فالاعتبار بالمآل إن كان الموصي عالمًا بتغير حال الوارث[١].

٧- إذا أوصى بالثلث من مال تتغير قيمته كالعقارات وأسهم البورصة والسندات وغيرها، ثم مات، فعلى أن العبرة بالحال: تقدر قيمة الثلث يوم الوصية. وعلى أن العبرة بالمآل: تقدر القيمة يوم موت الموصي[٢].

٨- إذا قطع شخص يد آخر أو رجله، أو جرحه جراحة، فطالب المجـروح بالقصاص أو الأرش، فعلى أن العبرة بالحال: يقتص منه أو يأخذ الأرش على الفور في الحال؛ لأن موجب القصاص أو الأرش قد تحقـق فلا يعطـل[٣] وعلى أن العبرة بالمآل: فإن القاضي لا يجيبه إلى القصاص أو الأرش إلا بعد البرء، أو بعد بيان عاقبة الفعل؛ لأن القطع أو الجرح قد يسري إلى النفس فيلزم القصاص أو الدية[٤].

---

(١) الذخيرة للقرافي ٢٨/٧، شرح ميارة على تحفة الحكام ٢٧٦/٢.

(٢) والقول باعتبار المـآل في هذه الحالة هو الأصح. انظر: أشباه ابن السبكي ١٠٣/١، أشباه السيوطي ص١٧٩.

(٣) وهو قول الشافعية. لكنهم مع ذلك يستحبون التأخير إلى البرء. انظر: المهذب للشيرازي١٨٥/٢، الحاوي الكبير للماوردي ١٦٨/١٢.

(٤) وهو قول الجمهور من الحنفية والمالكية والحنابلة. انظر: تبيين الحقائق ١٣٨/٦، الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي ٢٥٩/٤ -٢٦٠، المغني لابن قدامة ٣٤٠/٨.

ثانيًا- تطبيقات هي قواعد متفرعة:

التطبيق الأول من القواعد:

٣٤٦- نص القاعدة: إِذَا اخْتَلَفَ حُكْمُ الشَّيْءِ بِالنَّظَرِ إِلَى حَالِهِ وَمَآلِهِ، فَبِمَ يُعْتَبَرُ مِنْهُمَا فِي الْعِبَادَاتِ؟[١].

شرح القاعدة:

هذه القاعدة كما يبدو من صيغتها أخصّ من قاعدة «هل العبرة بالحال أو بالمآل» لاختصاصها بالعبادات فقط. وقد وقع الخلاف فيها في المذاهب كافة كما في القاعدة الأم.

فالمالكية -مثلاً- قد اختلفوا في القاعدة كما ذكر المقري -رحمه الله- في قواعده، حيث قال: «قاعدة: إذا اختلف حكم الشيء بالنظر إلى حاله ومآله فقد اختلف المالكية بم يعتبر منهما في باب العبادات؟»[٢].

ومن مسائل القاعدة التي اختلفوا فيها: ما ذكره ابن جزي الغرناطي في الخلاف في وجوب الكفارة نظرًا إلى الحال أو سقوطها نظرًا إلى المآل «على من استقاء، ومن ابتلع ما لا يغذي عمدًا، وعلى من قال: اليوم نوبتي في الحمّى فأفطر ثم أتته، وعلى القائلة: اليوم أحيض، فأفطرت ثم حاضت. فإن تعمد الفطر لغير عذر ثم مرض أو سافر أو حاضت فعليه الكفارة في المشهور نظرًا إلى الحال، وقيل تسقط نظرًا إلى المآل»[٣].

وكذلك وقع الخلاف في القاعدة عند الشافعية؛ فقد ذكروا الخلاف في

---

(١) انظر: القواعد للمقري ٢/٦٠٦.

(٢) القواعد للمقري ٢/٦٠٦.

(٣) القوانين الفقهية لابن جزي ١/٨٣.

فروع كثيرة في العبادات عند التمثيل لقاعدة «هل العبرة بالحال أو بالمآل». ومن ذلك: اختلافهم فيما لو كان قميص المصلي قصيرًا أو مقطوعًا، بحيث تظهر منه العورة عند الركوع، ولا تظهر عند القيام، فهل تنعقد الصلاة ثم إذا ركع تبطل، أو لا تنعقد أصلاً؟ وجهان، أصحهما: الأول[(١)].

أما الحنابلة، فقد ذكر ابن رجب الحنبلي -رحمه الله- الخلاف في قاعدة: «من عجل عبادة قبل وقت الوجوب ثم جاء وقت الوجوب وقد تغير الحال بحيث لو فعل المعجل في وقت الوجوب لم يجزئه فهل تجزئه أم لا؟»[(٢)]. وذكر بعض فروعها الذي يظهر منها أن فقهاء الحنابلة اعتبروا الحال في بعض الصور، واعتبروا المآل في صور أخرى[(٣)]. أما قاعدة «إذا فعل عبادة في وقت وجوبها يظن أنها الواجبة عليه ثم تبين بأخرى أن الواجب كان غيرها فإنه يجزئه»[(٤)]. فقد جزم باعتبار الحال في الفروع التي ذكرها لها[(٥)].

ومن تطبيقاتها:

١- لو ظن اندمال الجرح فكشفه فوجده لم يبرأ، وكان قد تيمم، فلا يبطل تيممه نظرًا إلى ما قبل الكشف، والعبرة هنا بالحال[(٦)].

٢- المستحاضة إذا انقطع دمها وعلمت أنه يعود قبل وقت يسع الطهارة والصلاة، فتطهرت وصلت، ولم يعد، فعلى أن العبرة بالحال يجب

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٧٨.

(٢) القواعد لابن رجب ص٧.

(٣) انظر: القواعد لابن رجب الحنبلي ص ٧، ٨. انظر قاعدة: " تغير الحال بعد فعل العبادة لا يؤثر في صحتها" في قسم القواعد الفقهية.

(٤) القواعد لابن رجب الحنبلي ص ٨.

(٥) انظر: القواعد لابن رجب الحنبلي ص٨، ٩.

(٦) وهذا هو الأصح عند الشافعية. انظر: أشباه ابن الوكيل ٣٠٨/٢، الشرح الكبير للرافعي ٣٠٨/٢، روضة الطالبين للنووي ١٠٨/١.

عليها القضاء. وعلى أن العبرة بالمآل: لا يجب[(١)].

٣- إذا أصيب في الجهاد إصابة بليغة ولم يمت إلا بعد فترة من العلاج فإنه يغسل ويصلى عليه ويكفن اعتبارًا بالمآل[(٢)].

٤- إذا بلغ الصبي في أثناء يوم من رمضان وكان قد نوى صيام ذلك اليوم، فعلى أن العبرة في العبادات بالحال: لا يلزمه إتمام الصيام، وعلى أن العبرة بالمآل: يلزمه الإتمام ولا قضاء عليه[(٣)].

٥- من عليه قضاء بعض أيام من رمضان، فلم يقضها، ولم يبق بينه وبين رمضان التالي ما يتأتى فيه قضاء الفائت، فعلى أن العبرة في العبادات بالحال: تجب الفدية في الحال عما لا يسع الوقت. وعلى أن العبرة بالمآل: لا تجب حتى يدخل رمضان؟[(٤)].

٦- إذا عجل دفع الزكاة لفقير ثم اغتنى، أو لمسلم ثم ارتد، أجزأت عنه؛ لأن العبرة بالحال لا بالمآل[(٥)].

٧- لو استأجر المعضوب الذي لا يرجى برؤه من يحج عنه، ثم شفي بعد الحج عنه، فعلى أن العبرة بالحال: يجزئه حج الأجير عنه[(٦)].

---

(١) انظر: القواعد للحصني ٤/٣٤.

(٢) الدر المختار للحصكفي وحاشية ابن عابدين ٢/٢٥١، درر الحكام شرح غرر الأحكام للملا خسرو ١/١٧٠، الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي ١/٤٢٦، أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ١/٣١٥، المغني لابن قدامة ٢/٣٩٦، الإنصاف للمرداوي ٢/٥٠٢.

(٣) وهذا هو ظاهر مذهب الشافعية. انظر: الأشباه والنظائر لابن الوكيل ٢/٣١٥، المجموع المذهب ٣/٣٧٣.

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٧٩.

(٥) انظر: المنثور ١/٢٦٧، القواعد لابن رجب ص ٨.

(٦) وهو قول والحنابلة والظاهرية، والقول المقابل للأصح عند الشافعية. انظر: القواعد لابن رجب الحنبلي ص٧، المحلى لابن حزم ٥/٤٠، ٤١، الأشباه والنظائر لابن الوكيل ٢/٣٠٩، المجموع المذهب ٣/٣٦٩.

وعلى أن العبرة بالمآل: لا يجزئه[١].

٨- لو أحرم بالعمرة في آخر لحظة من رمضان وكان قد نوى الحج في نفس العام، وأداها ليلة العيد، أو في يوم العيد أو بعده، فعلى أن العبرة في العبادة بالحال: تكون عمرة رمضانية، ولا يكون متمتعًا بها، ولا يحكم عليه بالتمتع ولا يلزمه دم بسببها[٢]. وعلى أن العبرة بالمآل: يكون متمتعًا[٣].

٩- إذا حلف ليشربن ماء هذا الكوز غدًا، فانصب قبل الغد، أو ليأكلن هذا الرغيف غدًا، فتلف أو أكله غيره قبل الغد، فعلى أن العبرة بالحال يحنث في الحال، وعلى أن العبرة بالمآل: لا يحنث حتى يأتي الغد[٤].

١٠- لو نذر التضحية بشاة معيبة معينة فزال عيبها، فعلى أن العبرة في العبادة بالحال: تجزئ عنه. وعلى أن العبرة بالمآل: لا تجزئ[٥].

---

(١) وهو الأصح المقطوع به عند الشافعية. انظر: الأم للشافعي ١٣٤/٢، الأشباه والنظائر لابن الوكيل ٣٠٩/٢، المجموع المذهب ٣٦٩/٣، الشرح الكبير للرافعي ٤٢/٧، المجموع شرح المهذب للنووي ١١٥/٧.

(٢) وهو قول الشافعية والحنابلة. انظر: تحفة المحتاج للهيتمي ١٥٢/٤.

(٣) وهو قول الحنفية والمالكية. انظر: المبسوط ١٧٦/٤، الدر المختار مع حاشية ابن عابدين ٥٣٥/٢ -٥٣٦، شرح مختصر خليل للخرشي ٣١٢/٢، الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي ٣٠/٢.

(٤) انظر: الشرح الكبير للرافعي ٤٦٣/٦، الأشباه والنظائر لابن السبكي ٩٩/١، ١٧٨، المجموع المذهب ٣٦٨/٣، أشباه السيوطي ص١٧٨.

(٥) والقول بعدم الإجزاء هو الأصح عند الشافعية. انظر: أشباه ابن الوكيل ٣١٠/٢، روضة الطالبين ٢١٨/٣.

التطبيق الثاني من القواعد :

٣٤٧- نص القاعدة : الـمُتَوَقَّعُ هَلْ يُجْعَلُ كَالْوَاقِـعِ[١] .

ومن صيغها :

١- المتوقع كالواقع أو لا؟[٢].

٢- المتوقع كالواقع[٣].

٣- المتوقع لا يُجعل كالواقع[٤].

٤- المتوقع ليس كالواقع[٥].

٥- الأمور المتوقعة لا تُلحق بالواقعة إلا بنص أو إجماع[٦].

شرح القاعدة :

معنى القاعدة: أن الشيء المتوقع وجوده، والغالب على الظن حصوله في زمن قريب، هل يثبت حكمه كأنه موجود حالاً، أو لا يثبت حكمه إلا بعد وجوده ووقوعه؟[٧].

والقاعدة أخصّ من قاعدة «العبرة بالحال أم بالمآل» والفرق بينهما أن في

---

(١) الأشباه والنظائر لابن الوكيل ص٣٩٣، الأشباه والنظائر لابن السبكي ١/٩٨، ٢٧٥، المنثور للزركشي ٣/١٦٧، الأشباه والنظائر لابن الملقن ٢/١٣٠، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٧٨.

(٢) المجموع شرح المهذب تكملة السبكي ١١/٤٩٩، المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية والأندلس والمغرب للونشريسي ٦/٥٧١، ٦/٦٠٦.

(٣) الأشباه والنظائر لابن السبكي ١/٩٨، المجموع شرح المهذب تكملة السبكي ١١/٤٩٩.

(٤) المنثور للزركشي ٣/١٦١.

(٥) أسنى المطالب في شرح روض الطالب لزكريا الأنصاري ٢/٩١.

(٦) الإتحاف للزبيدي ٦/٥٠٢.

(٧) انظر: موسوعة القواعد الفقهية للبورنو ٤/٩٦٠.

قاعدة «المتوقع كالواقع» يكون ما سيحدث في المآل أو المستقبل متوقعًا ودلت على وقوعه قرائن أو دلائل، أما في قاعدة «العبرة بالحال» فقد يكون ما يحصل في المآل متوقعًا، وقد لا يكون[١].

وقد ذكر الزركشي أن هذه القاعدة قريبة المعنى من قاعدة «المشرف على الزوال هل يُعطى حكم الزائل»[٢]. أما ابن السبكي فكلامه يبين أنهما مكملة لها، وأنهما أخصّ من قاعدة «ما قارب الشيء يعطى حكمه» فقد قال: «مسألة ما قارب الشيء هل يُعطى حكمه؟ أعم من قولنا: المتوقع هل يكون كالواقع؟ والمشرف على الزوال هل يكون كالزائل؟ لشمولها الأمرين؛ غير أن قولنا: المتوقع كالواقع يشبه أن يختص بما سيوجد، وقولنا: المشرف على الزوال كالزائل يشبه أن يختص بما سيُعدم»[٣].

والقاعدة خلافية بين الفقهاء كما يبدو من صيغتها المختارة، وقد وقع فيها الخلاف داخل المذهب الواحد، كما عند المالكية والشافعية.

فالمالكية قد اختلفوا في قاعدة أعم منها، وهي: «هل تُراعى الطوارئ؟»[٤] على ثلاثة أقوال، القول الثالث منها: أنه تراعى الطوارئ القريبة المتوقعة الحدوث دون البعيدة، وهو ما يوافق قاعدة المتوقع كالواقع. ولإبراز العلاقة بين القاعدتين جمعهما الونشريسي تبعًا للمقري في صيغة واحدة، هي قوله: «الطوارئ هل تراعى أم لا؟ ثالثها تراعى القريبة فقط»[٥] ولا يخفى ما في

---

(١) انظر: قاعدة "العبرة بالحال أو بالمآل وتطبيقاتها الفقهية" لعبد العزيز بن عبد الرحمن المشعل، بحث محكم نشر في مجلة العدل – العدد (٥٠) ص٩٦.

(٢) انظر: المنثور ٣/١٦٧.

(٣) الأشباه والنظائر لابن السبكي ١/٩٨. (بتصرف يسير).

(٤) الجواهر الثمينة لابن شاس ٢/٣٦٠، الكليات الفقهية لابن غازي ص ٢٢٩. وانظر: إيضاح المسالك للونشريسي ص ٢٩٧، شرح المنهج المنتخب للمنجور ١/٢٩٩. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٥) إيضاح المسالك للونشريسي ص ٢٩٧. وعبارة المقري: "اختلفوا في مراعاة الطوارئ، ثالثها: تراعى القريبة فقط" القواعد للمقري القاعدة ص ٥٩٧.

قوله: «ثالثها» من ترجيح اعتبار المتوقع - وهو الطارئ القريب – كالواقع[(١)].

وقد ذكر المقري قاعدة أخرى اختلف فيها المالكية وهي أخصّ من قاعدة «هل المتوقع كالواقع أم لا». قال –رحمه الله: «قاعدة: اختلفوا في كون توقع عدم المناجزة كتحققه أم لا»[(٢)]. ومثل لها بالبيع والصرف محاذرة الاستحقاق الناقض للصرف لا للبيع[(٣)].

أما عند الشافعية: فقد نص الزركشي على أن «المتوقع لا يُجعل كالواقع»[(٤)] بينما ذكر تقي الدين السبكي أن جمهور الشافعية على أن المتوقع كالواقع[(٥)] وذكر ابنه تاج الدين السبكي ضابطًا بيّن به متى يُعطى المتوقع حكم كالواقع ومتى لا يحكم بذلك، وهو: أن غير الواقع إن كان مما عُلم أنه سيقع أو كان قريبًا من الوقوع فإنه يعطى حكم الواقع، كما في مسألة الحلف على أكل طعام قبل الغد فتلف قبل أكله. وإن لم يكن قريبًا من الوقوع فلا يعطى حكم الواقع[(٦)].

ومن مسائل القاعدة التي وقع فيها الخلاف عند الشافعية: ما ذكره الخطيب الشربيني في مغني المحتاج: «ولو ألقى صاحب المتاع متاعه عند خوف الهلاك بلا استدعاء لم يرجع على الركبان بشيء، وإن كان في حالة يجب فيها الإلقاء وإنما يضمن ملتمس، من مالكه طرح متاعه لخوف غرق، للسفينة ففي حالة الأمن لا ضمان، سواء أقال وعلي ضمانه أم لا: كما لو قال له: اهدم دارك

---

(١) انظر: قاعدة "هل تراعي الطوارئ؟" في قسم القواعد الفقهية.

(٢) القواعد للمقــري: (مخطوط) ص١٣٠، عقــد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة لابن شاس ٦٤١/٢.

(٣) انظر: السابق، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب للمنجور ٣٠١/١.

(٤) المنثور للزركشي ١٦١/٣.

(٥) انظر: المجموع شرح المهذب – تكملة ابن السبكي ٤٤٩/١١.

(٦) انظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي ٩٨/١.

أو احرق متاعك ففعل ولو لم يوجد الخوف ولكنه متوقع. قال الزركشي: ينبغي تخريج خلاف فيه من تنزيل المتوقع منزلة الواقع»[١].

ومن مسائلها التي جُزم فيها بإعطاء المتوقع حكم الواقع: ما ذكره الإمام عز الدين بن عبد السلام -رحمه الله- من جواز نكاح الأحرار الإماء عند خوف العنت المتوقع وعدم القدرة على نكاح غيرهن. وهذا الفرع وإن كان معدوم الوجود في عصرنا الحاضر إلا أن ذكره مفيد لتوضيح معنى القاعدة. قال رحمه الله: «نكاح الأحرار الإماء مفسدة محرمة، لما فيه من تعريض الأولاد للإرقاق، لكنه جائز عند خوف العنت وفقد الطول، دفعًا لمفسدة وقوع التائق في الزنا الموجب في الدنيا للعار وفي الآخرة لعذاب النار. فإن قيل: كيف يحرم تحصيل مصلحة ناجزة محققة لتوقع مفسدة ممهلة؟ قلنا لما غلب وقوع هذه المفسدة جعل الشرع المتوقع كالواقع، فإن العلوق غالب كثير، والشرع قد يحتاط لما يكثر وقوعه احتياطه لما تحقق وقوعه»[٢].

ومن تطبيقاتها:

١- إذا استأجر امرأة تتوقع حدوث الحيض لتنظيف المسجد، فعلى أن المتوقع كالواقع: لا يجوز لها عقد الإجارة. وعلى أن المتوقع ليس كالواقع: يجوز[٣].

٢- بيع الجحش الصغير، والمُهر، وتربية الجرو الصغير، جائز، وإن لم ينتفع بها حالاً؛ لتوقع النفع بها مآلاً[٤]، والمتوقع كالواقع.

---

(١) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج للشربيني ٣٥٥/٥.
(٢) قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام ١٠٧/١. وانظره في نفس المصدر ٢٣/٢.
(٣) انظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي ١٠١/١، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٧٩.
(٤) انظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي ١٠٤/١، أشباه السيوطي ص ١٧٩، ١٨٠، العناية شرح الهداية للبابرتي ٤١٩/٦، البناية للعيني ١٦١/٨، فتح الباري لابن حجر ٧/٥.

٣- إذا حجر على المفلس بديون حالة، وعليه ديونٌ مؤجلة، فهل الديون المؤجلة تحل بالحجر؟ فيها قولان عند الشافعية، فعلى أن المتوقع كالواقع فإن الديون المؤجلة تحل بالحجر، وعلى أن المتوقع ليس كالواقع فلا تحل بالحجر، وهو الصحيح عندهم[١].

٤- إذا كان على شخص ديون مساوية لماله، وهو غير كسوب، أو لا يفي كسبه بنفقته ونفقة عياله، أو فيه تبذير، فقد ظهرت عليه أمارات الفلس، وحصوله متوقع. فعلى أن المتوقع كالواقع يحجر عليه في الحال. وعلى أن المتوقع لا يجعل كالواقع لا يحجر عليه في الحال[٢].

٥- إذا كان على الغارم دين مؤجل فإنه يعطى من الزكاة إذا كان الدين يحل في تلك السنة[٣]؛ لأن المطالبة به متوقعة، والمتوقع يجعل كالواقع إذا كان قريبًا من الوقوع.

٦- لو قال الغرماء لصاحب العين: لا تفسخ ونحن نقدمك بالثمن، فالأصح عند الشافعية أن له الفسخ مخافة أن يظهر غريم آخر يزاحمه فيما قبضه، فيتضرر[٤]. وهذا من تنزيل المتوقع منزلة الواقع.

(١) انظر: المجموع المذهب للعلائي ٢/٨٠، ٨١. قال العلائي: "ومأخذ القول بالحلول توقع تلفها على الغرماء بالفلس إذا حلت فينجبر حقهم بالمضاربة الآن مع الغرماء".

(٢) انظر: المجموع المذهب ٢/٨١. والقول بمنع الحجر في الحال هو الأصح عند العراقيين كما ذكر العلائي.

(٣) وهذا قول عند الشافعية. انظر: الأشباه والنظائر لابن الوكيل٢/٣٠٩، المجموع المذهب ٣/٣٦٩. وقد نقل العلائي وغيره أن الرافعي صحح جواز الإعطاء مطلقًا دون تقييده بحلول الدين في تلك السنة، وصحح النووي المنع.

(٤) انظر: المنثور للزركشي ٣/١٦٢، أسنى المطالب ٢/٩٨، ١٩٥، تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ٥/١٤٧، نهاية المحتاج للرملي ٤/٣٤٠، شرح المحلي على منهاج الطالبين ٢/٣٦٧، حاشية الشربيني على الغرر البهية ٣/١١٤. وقد علل بعض الشافعية ذلك بتعليل آخر إضافة إلى الخوف من ظهور غريم آخر، وهو عدم قبول المنة.

٧- لو باع المفلس ماله لغرمائه بديونهم لم يصح في الأصح عند الشافعية لأن احتمال ظهور غريم آخر متوقع؛ والمتوقع كالواقع[١].

٨- في حالات النزاع القضائي بين الأقارب يجوز للحاكم تأخير الحكم للمدعي بعد استكمال أسبابه لأن الصلح بين الأقارب متوقع بخلاف غيرهم[٢]، والمتوقع كالواقع.

٩- إذا قاتل ولي الأمر العدل البغاة ثم كُسِرت شوكتهم وكان عنده أسرى منهم، وكان اجتماع البغاة متوقعًا في المآل، ففي إطلاق الأسرى وجهان عند الشافعية بناء على أن المتوقع هل يجعل كالواقع أولا؟[٣].

١٠- يجب على الدول المسلمة التسليح وإعداد القوة والتدريب على الحروب وقت السلم لأن وقوع الحرب متوقع في أي وقت، والمتوقع ينزل منزلة الواقع.

التطبيق الثالث من القواعد:

٣٤٨- نص القاعدة: الضَّرَرُ الـمُتَوَقَّعُ كَالـمُتَحَقِّقِ[٤].

ومن صيغها:

الضرر في المآل ينزل منزلة الضرر الحال[٥].

---

(١) المنثور للزركشي ٣/١٦٢.

(٢) انظر: شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقا ١/٣٦٤.

(٣) انظر: الوسيط للغزالي ٦/٤٢١.

(٤) المبدع في شرح المقنع لابن مفلح لابن مفلح ١/٩١، شرح الزركشي على الخرقي ١/١٧٨.

(٥) المبدع في شرح المقنع ٥/١٠٠، شرح الزركشي على الخرقي ٤/٢٦٢.

شرح القاعدة:

هذه القاعدة أخصّ من أحد شطري قاعدة «المتوقع هل يجعل كالواقع؟» وهو القول بأن «المتوقع كالواقع».

ومعناها: أن الضرر الذي يتوقع حصوله مستقبلاً ينزل في الأحكام المترتبة عليه منزلة الضرر الواقع في الحال، مثل وجوب دفعه، والعمل بما يترتب عليه من رخص أو تخفيفات.

فقد اتفق الفقهاء على العمل بالقاعدة الكلية الكبرى «لا ضرر ولا ضرار»[١] التي تنص على النهي عن إيقاع الضرر، وقاعدة «الضرر يزال»[٢] التي تنص على وجوب إزالة الضرر إذا وقع. أما هذه القاعدة فموضوعها دفع وتوقي الضرر المتوقع قبل وقوعه، فهي تنص على تنزيل الضرر المتوقع الذي يغلب على الظن وقوعه منزلة الواقع في وجوب دفعه وإزالته.

وقد ورد في الشريعة جملة من الأحكام التي شرعت لدفع الضرر المتوقع قبل وقوعه، وهذا فيما يظهر تنزيلاً له منزلة الواقع. ومن ذلك: بعض الخيارات، كخيار الرؤية الذي شرع لدفع الضرر عن المشتري بدخول ما لا يلائمه في ملكه. وخيار الشرط الذي شرع للحاجة إلى التروي لئلا يقع المشتري في ضرر الغبن.

---

(١) نص حديث شريف رواه أحمد في مسنده ٥٥/٥ (٢٨٦٥) وابن ماجه في سننه ٧٨٤/٢ (٢٣٤١) والطبراني في الكبير ٢٢٨/١١ (١١٥٧٦) من حديث ابن عباس رضي الله عنه، ورواه الحاكم في المستدرك ٦٦/٢ (٢٣٤٥)، والدارقطني في سننه ٥١/٤ (٣٠٧٩) والبيهقي في سننه ١١٤/٦ (١١٣٨٤) من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه، وقال الحاكم: صحيح الإسناد ولم يخرجاه. ووافقه الذهبي. وقد روي من حديث غيرهما من الصحابة. انظر: نصب الراية ٣٨٤/٤. وانظر: صياغة هذه القاعدة في قواعد المعلمة برقم (٢٨٥) في المجلد السابع.

(٢) أشباه ابن السبكي ٤١/١، أشباه السيوطي ص٨٣، أشباه ابن نجيم ص٧٢، التحبير شرح التحرير للمرداوي ٣٨٤٥/٨، ٣٨٤٦، مجلة الأحكام العدلية - المادة (٢٠) ص١٨. وانظر: صياغة هذه القاعدة في قواعد المعلمة برقم (٢٨٦) في المجلد السابع.

وخيار المجلس الذي شرع لدفع ضرر يتوقع العاقد حصوله فيستدركه في مجلس العقد. ومن ذلك أيضًا أنواع الحجر، فإنها شرعت توقيًا من وقوع الضرر العائد تارة لذات المحجور وتارة لغيره، فإن من وجب حجره إذا ترك بدون حجر قد يضر بنفسه وقد يضر بغيره كما هو ظاهر. ومنها: الشفعة، فإنها شرعت لدفع الضرر المتوقع عن الجار من الجار الجديد أو الشريك[1].

وهذه القاعدة مجالها واسع جدًا فتدخل في كثير من أبواب الفقه، ويتفرع عليها ما لا ينحصر من الفروع الفقهية. وهي بمعناها وموضوعها - مثل كل قواعد الضرر- لا يتصور فيها خلاف بين الفقهاء، وإن كان الخلاف متصورًا في بعض فروعها.

ومن تطبيقاتها:

١- لو احتاج إلى الماء لتوقعه العطش أو عطش رفيقه أو عطش حيوان محترم في المآل، جاز له التيمم وإن ظن وجود الماء في المآل دفعًا لما يلحقه من الضرر المتوقع[2].

٢- عند المالكية: المطر المتوقع بمنزلة الواقع، فإذا عُلم بالقرينة نزول مطر شديد يسبب مشقة للمصلين، جاز لهم الجمع بين المغرب والعشاء تنزيلاً للمتوقع منزلة الواقع[3].

٣- وعند الحنابلة: لا يسن غسل داخل العينين في الوضوء إن كان يؤدي

---

(١) انظر: المنثور للزركشي ١٤٦/٢، شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقا ١٦٦/١ - ١٦٧، الوجيز في إيضاح قواعد الفقة الكلية للبورنو ص ٢٥٧.

(٢) انظر: الشرح الكبير للرافعي ٢٣٩/٢، الفتاوى الفقهية الكبرى لابن حجر الهيتمي ٦٩/١، عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٥٨/١، عمدة القاري للعيني ٣٣/٤، أشباه السيوطي ص١٨٠، روضة الطالبين للنووي ١٠٠/١.

(٣) انظر: شرح مختصر خليل للخرشي ٧٠/٢، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣٧٠/١.

إلى ضرر متوقع في المستقبل؛ لأن الضرر المتوقع كالواقع(١).

٤- يمنع آكل الثوم والبصل وشارب الدخان وكل ما له رائحة كريهة مأكولاً أو غيره من دخول المسجد إذا لم تزل الرائحة(٢)؛ لأن تضرر المصلين به متوقع، والضرر المتوقع ينزل منزلة المتحقق.

٥- إذا ادعى دينًا على ميت بمواجهة أحد الورثة فأقر الوارث، أو ادعى دينًا بوكالة أو وصاية، فأقر المدعى عليه بالوكالة أو الوصاية. أو ادعى المستحق على المشتري العين المبيعة أنها ملكه، فأقر المشتري له بالملك، جاز تأخير الحكم إلى إقامة البينة، دفعًا للضرر المتوقع بإنكار الموكل الوكالة أو الوارث الوصاية(٣).

٦- في رواية عند الحنابلة: لا يجوز إحياء ما قرب من عامر البلد ولم يتعلق بمصالحه ولا يملكه أحد بالإحياء؛ تنزيلاً للضرر في المآل منزلة الضرر في الحال(٤).

٧- لا يجوز التبرع بالأعضاء التي توجب ضررًا متوقعًا في المستقبل على المتبرع بها(٥)؛ لأن الضرر المتوقع كالمتحقق.

٨- يجوز التطعيم عن الملاريا والحمى والطاعون والجدري، وغيرها من

---

(١) انظر: المبدع في شرح المقنع لابن مفلح ٩١/١، شرح الزركشي على مختصر الخرقي ١٧٨/١. وهذا ما اختاره القاضي أبو يعلى، والشيخان مجد الدين بن تيمية، وابن قدامة، كما ذكر ابن مفلح - رحمه الله..

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين ٦٦١/١، فتح العلي المالك للشيخ محمد عليش ١١٨/١ - ١٢٣، ١٨٩، ١٩٠/١، ٢٣٦/٢، نهاية المحتاج للرملي وحاشية الشبراملسي ١٦٠/٢، حاشية الشرواني على تحفة المحتاج٢٧٦/٢، حاشية البجيرمي على شرح المنهج ٣٠٠/١، الإنصاف للمرداوي ٣٠٤/٢، كشاف القناع للبهوتي ٤٧٩/١.

(٣) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٣٦٤.

(٤) انظر: المبدع في شرح المقنع لابن مفلح ١٠٠/٥، شرح الزركشي على مختصر الخرقي ٢٦٢/٤. والرواية الأشهر عندهم: أنه يملكها الإحياء.

(٥) انظر: القواعد الشرعية في المسائل الطبية لوليد السعيدان ص ٩ (نسخة مرقونة).

الأمراض التي يتوقع الإصابة بها مستقبلاً[١]؛ لأن الضرر المتوقع ينزل منزلة الضرر الحال.

٩- إن كان الحمل في مدة الأربعين يومًا الأولى، وكان في إسقاطه دفع ضرر متوقَّع، جاز إسقاطه[٢]. لأن الضرر المتوقع كالمتحقق.

١٠- يجب بتر العضو المتآكل الذي يتوقع ويغلب على الظن تلف باقي الأعضاء إذا لم يبتر[٣] لأن الضرر في المآل ينزل منزلة الضرر الحال.

التطبيق الرابع من القواعد :

٣٤٩- نص القاعدة : التَّحْرِيمُ الـْمُتَوَقَّعُ لاَ يُؤَثِّرُ فِي الـْحَالِ عَدَمَ الحِْلِّ كَمَا أَنَّ الحِْلَّ الـْمُتَوَقَّعَ لاَ يُؤَثِّرُ فِي مَنْعِ الحِْلِّ فِي الـْحَالِ[٤] .

شرح القاعدة :

هذه القاعدة أخصّ من أحد شطري قاعدة «المتوقع هل يجعل كالواقع» وهو القول بأن «المتوقع ليس كالواقع» لأن الأمر المتوقع قد يكون محرمًا أو حلالاً وقد لا يكون[٥].

ومعناها : أن الشيء إذا كان حله ثابتًا حال الفعل، لكن يتوقع تحريمه في

---

(١) انظر: القواعد الشرعية في المسائل الطبية لوليد السعيدان ص١٢ (نسخة مرقونة).

(٢) انظر: فتاوى اللجنة الدائمة ٢١/٤٣٥، موسوعة الفقه الإسلامي للتويجري ٥/٤٠.

(٣) انظر: المبسوط للسرخسي ٢٤/٦٧، الفتاوى الهندية ٥/٣٦٠، منح الجليل لعليش ٣/١٦٥، ٧/٤٩٤، ٩/٥٦، التاج والإكليل للمواق ٧/٥٤٥، المهذب للشيرازي ١/٤٥٦، المجموع شرح المهذب للنووي ٩/٤١، المغني لابن قدامة ٩/٤٢٠.

(٤) المنثور للزركشي ١/٢٤٨.

(٥) وقد أشار الزركشي إلى ذلك عند ذكر قاعدة "المتوقع لا يجعل كالواقع" بقوله: "سبق منها فروع في حرف التاء بالنسبة إلى التحريم وما في معناه" المنثور للزركشي ٣/١٦١.

المستقبل، جاز للمكلف فعله دون النظر إلى توقع التحريم مستقبلاً، ولا تترتب عليه آثار الحرمة إلا بعد وقوعه. وكذلك إذا كان تحريم الشيء ثابتًا في الحال، لكن يتوقع حله مستقبلاً، فلا يجوز فعله بناء على توقع الحل في المآل، ولا تترتب عليه آثار الحل إلا بعد وقوعه.

وقد مثل الزركشي لهذه القاعدة بفروع بعضها غير متصور في وقتنا الحاضر إلا أنها توضح معنى القاعدة، ومن ذلك: من أعتق في مرضه أمة يجوز لوليها القريب - عند أكثر الشافعية - أن يزوجها مع احتمال الرق في بعضها حيث لا يخرج من الثلث، أو كلها بأن يحدث دين مستغرق؛ نظرًا إلى أن الصحة الناجزة لا تترك في الحال لما يتوقع(١).

وقد ذكر الزركشي ضابطًا لصور القاعدة، فقال: «والضابط لهذه الصور أن المأتي به إن كان قد بني على أمر ظاهر مأذون فيه فلا توقف في جواز التصرف، كمن اشترى أمة بناء على ظاهر اليد، فله وطؤها، وإن كان يحتمل ظهورها مستحقة، أو مرهونة، ومثله مسألة الشهود، ومسألة الولي مع احتمال عدم ولايته، وهذا إذا لم يعارض الظاهر سبب أقوى منه، كمسألة الحرة المختلفة مع إسلام الإماء. وإن كان المبني على الظاهر لم يعارضه سبب أقوى منه، ولكنه يتوقع بحالة قائمة هي سبب لذلك المتوقع جرى الخلاف وقوي جانب من بنى الأمر على الظاهر من غير نظر إلى المتوقع المذكور»(٢).

فضابط القاعدة إذن: أن ما بني على أمر ظاهر مأذون فيه فلا توقف في جواز التصرف. وما بني على أمر ظاهر غير مأذون فيه فلا توقف في عدم جواز التصرف.

ويستثنى من هذه القاعدة بعض الصور، منها: أن الزوجة إذا ارتدت بعد الدخول فإنه يحرم على زوجها نكاح أختها أو عمتها أو خالتها أو أربع نساء

---

(١) انظر: المنثور في القواعد ١/ ٢٤٩.
(٢) انظر: المنثور ١/ ٢٥١.

غيرها قبل انقضاء عدتها[١]. ووجه الاستثناء: أن الردة تقطع الزوجية، لكن لما كان النكاح ثابتًا قبل الردة منع من الزواج بأختها أو عمتها أو خالتها أو أربعًا سواها إلا بعد انقضاء عدتها منه حتى لا يكون جامعًا بين الأختين أو بين المرأة وعمتها أو خالتها أو نكاح خامسة[٢].

ومن تطبيقاتها:

١- يجوز عقد النكاح بشهادة شاهدين مستورين، ويتسلط الزوج على الاستمتاع في الحال، مع أنه لو ظهر عند العقد أن الشاهدين فاسقان لبطل النكاح لأن التحريم المتوقع لا يؤثر في الحال عدم الحل[٣].

٢- للزوجة التصرف في جميع الصداق بمجرد العقد وإن كان لا يستقر ملكها عليه إلا بالدخول؛ لأن التحريم المتوقع لا يؤثر في الحال عدم الحل[٤].

٣- للمؤجر التصرف في الأجرة المقبوضة ويملك منفعتها في الحال، وإن لم تنقض مدة الإجارة؛ لأن التحريم المتوقع لا يؤثر في الحال عدم الحل[٥].

٤- لو انقضت عدة المطلقة بالأقراء، وخافت حملاً، ولم تتيقنه، فلا يبطل النكاح في الحال عند الشافعية، بل تكون كالتي تزوجت، ثم ارتابت، بخلاف ما لو حصلت الريبة قبل انقضاء العدة[٦].

فتحي السروية

* * *

(١) المصدر نفسه.
(٢) انظر: موسوعة القواعد الفقهية للبورنو ٢/٢٢٧.
(٣) انظر: المنثور في القواعد ١/٢٤٩، نهاية المطلب للجويني ١٢/٩٢.
(٤) انظر: المنثور ١/٢٥٠.
(٥) المصدر نفسه.
(٦) انظر: المنثور ١/٢٤٩.



رقم القاعدة: ٣٥٠

نص القاعدة: مَا لَا يُؤَثِّرُ فِي الحَالِ هَلْ يُؤَثِّرُ فِي الِاسْتِقْبَالِ؟[١].

قواعد ذات علاقة:

١- العبرة بالحال أو بالمآل[٢]؟ (أعم).

٢- إذا زال المانع عاد الممنوع[٣]. (أعم من الشطر الثاني للقاعدة).

٣- زوال العذر بعد الترخص لا أثر له[٤]. (الاشتراك في المعنى مع الشطر الأول للقاعدة).

٤- متى زال العذر عاد الحكم[٥]. (الاشتراك في المعنى مع الشطر الثاني للقاعدة).

---

(١) المنثور للزركشي ٣/١٥٤، حاشية العبادي على المنثور (مخطوط) ص١٢٢.

(٢) مختصر قواعد العلائي لابن خطيب الدهشة ١/١١٠، ٢٥٧، الأشباه والنظائر للسيوطي ص١٧٨، قواعد الحصني ٤/٤٢، الأقمار المضيئة للأهدل ص ٢٧٢، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٣) ترتيب اللآلي لناظر زاده ١/٢٨٠، مجلة الأحكام العدلية المادة ٢٤، قواعد الفقه للمجددي ص ٥٧، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٤) مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٢/١٧١، وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "زوال العذر بعد الترخص لا يؤثر".

(٥) الاستذكار لابن عبد البر ٦/٤١، موسوعة القواعد والضوابط الفقهية للدكتور علي الندوي ١/٤٧٨، وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "ما جاز لعذر بطل بزواله".

شرح القاعدة :

كلمة «ما» الموصولة المفيدة للعموم مشار بها في القاعدة إلى وجود سبب شرعي من شأنه أن يوجب ثبوت حكم أمر ما، كدخول الزوج بامرأته في نكاح صحيح فإنه في الأصل موجب للإحصان.

والمقصود بنفي التأثير وجود مانع من إيجاب الحكم عند وقوعه كأن يكون الداخل بزوجته في نكاح صحيح غير بالغ عند إيقاعه.

ومعنى نفي التأثير في الاستقبال عدم إثبات الحكم بالسبب الموجب له إذا زال المانع كما لو بلغ الصبي الحلم بعد دخوله بزوجته. واعتبارُ ثبوت التأثير في الاستقبال عكسُه.

ومدلول القاعدة هو تقرير اختلاف الفقهاء في السبب الموجب للحكم إذا لم يؤثر في الحال لمانع هل يؤثر في الاستقبال إذا زال ذلك المانع؟

فالقاعدة إذًا قائمة على أربعة عناصر:

١- وقوع سبب موجب للحكم في الأصل.

٢- وجود مانع من تأثير السبب الموجب للحكم في الحال.

٣- زوال المانع من التأثير في المستقبل.

٤- ثمرة القاعدة وهي إما ثبوت التأثير أو عدمه في المستقبل.

وهذه العناصر غير مصرح بها في صيغة القاعدة لكنه يتضح من الجدول التحليلي التالي حضورها[١] في كل فرع من الفروع الأربعة التي بناها الزركشي عليها:

---

(١) اقتضى بيان حضور هذه العناصر في كل فرع أن يشمل التحليل الفروع الأربعة التي بنيت عليها القاعدة، بما في ذلك الفرعان الأول والرابع، المتعلقان بأحكام الأرقاء التي ليس لها محل في الفقه المعاصر.

عناصر القاعدة ← فروع القاعدة ↓	(١) السبب الموجب للحكم في الأصل	(٢) المانع من تأثير الموجب للحكم في الحال	(٣) زوال المانع من التأثير في المستقبل	(٤) ثمرة القاعدة: ثبوت التأثير أو عدمه في المستقبل
الفرع الأول	عتق الشريك حصته من العبد المشترك: موجب لسريان العتق على المُعْتِق في الأصل	عسر الشريك المُعْتِق في الحال	طرو اليسر للشريك المُعْتِق	عدم التأثير: «العتق لما لم يؤثر في الحال لم يؤثر في الاستقبال»
الفرع الثاني	إسلام شخص وله ولدٌ ولولده ولد صغير: موجب لاستتباع الجدِ الولد الصغير في الأصل	كفر والد الولد الصغير	موت والد الولد الصغير	عدم التأثير: إسلام الجد لما لم يؤثر في الحال لم يؤثر الاستقبال
الفرع الثالث	الإصابة في نكاح صحيح: موجبة للإحصان	كون المصيب صبيًا على الصحيح	بلوغ المصيب	عدم التأثير: الإصابة لما لم تؤثر في الحال لم تؤثر الاستقبال
الفرع الرابع	وقوع الاستيلاد من المالك موجب لثبوت حكمه	كون المستولدة مرهونة	زوال رهن المستولدة	ثبوت التأثير: ثبوت حكم الاستيلاد على الأصح

والذي يظهر من كلام الزركشي حصر فروع هذه القاعدة في قسمين مستقلين كلاهما جار على شطر من شطريها[١]:

---

(١) المنثور للزركشي ٣/١٥٤.

الأول : ما لا يؤثر وجاء له بالفروع الثلاثة الأولى.

الثاني : ما يؤثر وأورد له الفرع الرابع.

وخالف صنيعه في هذه القاعدة حيث اقتصر على هذين الطرفين ولم يأت -كعادته- بقسمين وسطين يشملان ما يؤثر على الصحيح وما لا يؤثر على الصحيح، مما قد يفهم منه عدم وجود فروع وقع فيها خلاف مبني على هذه القاعدة.

وكلام الزركشي هذا ليس على إطلاقه بدليل تصريحه بنفسه في الفرع الرابع أن ثبوت التأثير فيه إنما هو على القول الأصح؛ وتصدير محشية العبادي تعليقه على الفرع الثاني بتضعيف القول بعدم ثبوت التأثير فيه في المستقبل[1].

فقاعدتنا إذاً خلافية وهي بشطريها وثيقة الصلة بقاعدة: «إذا زال المانع عاد الممنوع». أما شطرها الأول فإنه يدخل في جزئياتها باعتبار أنه قاض بأن ما لم يؤثر في الحال لمانع، يؤثر في المستقبل إذا زال ذلك المانع. وأما شطرها الثاني فيشبه أن يكون قيداً لها.

وبتتبع بعض المسائل الفقهية التي اجتمعت فيها العناصر الأربعة المستخلصة من الفروع التي بنيت عليها قاعدتنا، يتبين أن الموانع فيها تنقسم إلى نوعين:

١- موانع هي أعذار مخففة راعاها الشارع من باب رفع الحرج عن العباد: كعسر الشريك المعتق حصته. وسبب الخلاف في مثل هذه الصور هو أن القاعدة المقررة لأنه: «متى زال العذر عاد الحكم»[2] المتفرعة عن قاعدة: «إذا زال

---

(١) انظر: حاشية العبادي على المنثور (مخطوط) ص١٢٢.

(٢) الاستذكار لابن عبد البر ٤١/٦، موسوعة القواعد والضوابط الفقهية للدكتور علي الندوي ٤٧٨/١.

المانع عاد الممنوع» مقيدة بقاعدة: «زوال العذر بعد الترخص لا أثر له»[١] وبالخلاف في زوال العذر بعد الشروع في الرخصة حيث قال بعض الفقهاء بلزوم الأخذ بالعزيمة حينئذ وقال بعضهم بجواز الاستمرار في الرخصة. فعند المالكية -مثلاً- من اضطره ظمأ للشراب في رمضان فإن سحنون يقول إن له أن يأكل ويطأ لدخوله بموجب مباح بينما يرى ابن حبيب أنه لا يفطر إلا بقدر ما يرد رمقه[٢] ويدخل في نفس هذا المعنى الخلاف في الرجوع عن خصلة من خصال الكفارات الواجبة على الترتيب إذا حال مانع دون التكفير بسابقتها في الترتيب وزال ذلك المانع بعد الشروع فيها، كالخلاف فيمن حلف وحنث وهو معسر وشرع في الصوم، ثم قدر على العتق أو الإطعام أو الكسوة: هل يرجع إلى إحدى هذه الخصال أم لا؟

٢- موانع هي من باب الأمور السماوية[٣]. المعترضة على أهليه الخطاب التكليفي كالصبا. ومثالها عدم ترتب الإحصان على دخول الصبي بزوجته لعدم أهليته للعقاب حينئذ[٤].

وتشترك هذه القاعدة كذلك في معنى عام آخر مع مجموعة من القواعد، مبناها على الخلاف الواقع بين الفقهاء في العبرة هل تكون بالحال أو بالمآل؟ مثل: المتوقع هل يجعل كالواقع وغيرها[٥].

وتفترق معها في أن السبب الموجب للحكم في الحال بالنسبة لهذه الزمرة

---

(١) مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٢/١٧١.

(٢) انظر: التاج والإكليل للمواق ٢/٣٩٥.

(٣) وهو ما يثبت من قبل صاحب الشرع بدون اختيار للعبد فيه، انظر: كشف الأسرار لعبد العزيز البخاري ٤/٣٧٠.

(٤) انظر: كشف الأسرار لعبد العزيز البخاري ٤/٣٧٠-٣٧١.

(٥) انظر: قاعدة "المشرف على الزوال هل يُعطى حكم الزائل؟"، وقاعدة: "هل العبرة بالحال أو بالمآل؟" في قسم القواعد الفقهية.

من القواعد لم يقع بعدُ ولكنه مترقب الحدوث أما في قاعدتنا فإن موجب الحكم قد وقع لكنه حال دون تأثيره في الحال مانع ثم زال ذلك المانع في المستقبل.

ويقابل انتفاء التأثير في الحال مع إثباته في المستقبل -وهو شطر قاعدتنا الأول- إثبات التأثير في الحال مع نفيه جزمًا في المستقبل كإسقاط الحق المتجدد بتجدد موجبه، المعبر عنه بقاعدة: «الإسقاط يؤثر في الحال دون المستقبل[١]». المقيِّدة لقاعدة: «الساقط لا يعود»[٢].

والقاعدة التي بين أيدينا لم يصرح بها بلفظها إلا الشافعية لكن فروعها حاضرة في كتب المذاهب الأخرى في العبادات والمعاملات كما يتضح من تنوع تطبيقاتها.

أدلة القاعدة :

أولاً : أدلة شطر القاعدة الأول القائل بأن ما لايؤثر في الحال يؤثر في الاستقبال :

قاعدة: «إذا زال المانع عاد الممنوع»[٣] وأدلتها.

ثانيًا : أدلة شطر القاعدة الثاني القائل بأن ما لا يؤثر في الحال لا يؤثر في الاستقبال :

لأن ما لا يؤثر في الحال إما أن يكون المانع من تأثيره عذرًا شرعيًا والقاعدة أن: «زوال العذر بعد الترخص لا أثر له»[٤]؛ أو يكون المانع من تأثيره

---

(١) حاشية ابن عابدين ٣/٥٥٩.

(٢) ومثاله: أن الزوجة إذا أسقطت نوبتها لضرتها فلها الرجوع، لأنها أسقطت الكائن، وحقها يثبت شيئًا فشيئًا، فلا يسقط في المستقبل. انظر: حاشية ابن عابدين ٣/٥٥٩.

(٣) الاستذكار لابن عبد البر ٦/٤١، موسوعة القواعد والضوابط الفقهية للدكتور علي الندوي ١/٤٧٨.

(٤) مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٢/١٧١.

عدم أهلية الآتي به للخطاب فتكون أفعاله مهملة شرعًا[١].

تطبيقات القاعدة:

١- من حلف وحنث وهو معسر وشرع في الصوم، ثم قدر على العتق أو الإطعام أو الكسوة، لم يلزمه الرجوع إليها[٢]، وقيل يلزمه الرجوع إلى أحدها[٣] جريًا على شطري الخلاف في القاعدة. أما القول بعدم الرجوع فلأن الحنث لما لم يوجب العتق أو الإطعام أو الكسوة في الحال لمانع الإعسار لم يؤثر في المستقبل عند زواله بطروٍّ الإيسار للحانث فلم يلزمه الرجوع عن البدل عنها وهو الصوم، أما القول بلزوم الرجوع فلأن الحنث لما لم يوجب العتق أو الإطعام أو الكسوة في الحال لمانع الإعسار أثر في المستقبل عند زوال المانع بطروٍّ الإيسار للحانث فلزمه الرجوع عن البدل إلى الأصل.

٢- التمتع موجب للهدي واختلف الفقهاء فيمن دخل في صوم المتعة ثم وجد الهدي قال بعضهم: «إذا وجد الهدي بعد دخوله في الصوم أو بعدما صام قبل أن يحل فعليه الهدي ولا يجزيه غيره». وقال آخرون: «إذا دخل في الصوم ثم وجد الهدي أجزأه الصوم وليس عليه هدي»[٤] والقولان جاريان على شطري القاعدة.

---

(١) انظر: الفروق للقرافي ١/٢٩٣ و٣/١٨٢.

(٢) عند الحنابلة روي ذلك عن الحسن، وقتادة. وبه قال مالك، والشافعي، وإسحاق، وأبو ثور وابن المنذر. انظر: المغني لابن قدامة ١٠/٢٢.

(٣) وروي عن النخعي، والحكم وبه قال الثوري، وأصحاب الرأي والإباضية، لأنه قدر على المبدل قبل إتمام البدل، فلزمه الرجوع. انظر: المغني لابن قدامة ١٠/٢٢، الجامع لأبي بركة ٢/١١٥.

(٤) انظر: أحكام القرآن للجصاص ١/٤٠٦، شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ٤/٢٠٨، والمعتمد عند الزيدية أنه يجب الانتقال إلى الهدي إن وجده قبل مغيب شمس اليوم الثالث أو في أيام التشريق ولو كان قد صام الثلاثة، انظر: التاج المذهب للعنسي ١/٣١٦.

٣- كمال رمضان موجب لوجوب إخراج المكلف زكاة الفطر فإذا كمل وهو معسر فلا فطرة عليه وإن أيسر بعد وقت الوجوب ولو في ليلة العيد أو يومه[١] فكمال رمضان لما لم يؤثر في الحال لمانع العسر لم يؤثر في المآل عند زوال ذلك المانع بطرو اليسر. جريًا على شطر القاعدة الثاني.

٤- إذا شهد الشخص وهو صبي ثم كبر ردت شهادته مطلقًا سواء ردها القاضي قبل بلوغه أو قَبِلها[٢]، وقيل بل تقبل إذا شهد بها في نفس الدعوى بعد البلوغ[٣] والقولان جاريان على شطري الخلاف في القاعدة.

٥- اختلف في مال الصبي إذا بلغ النصاب؛ فقيل لا تلزمه الزكاة فإذا بلغ الصبي الحلم بعد ذلك بدأ حول زكاته من حين بلوغه[٤] وقال الجمهور إن الحول الذي بدأ قبل البلوغ ممتد بعده[٥] والقولان جاريان على شطري الخلاف في القاعدة.

٦- لا نفقة للمرأة إذا طلقها زوجها المعسر وهي حامل، وإن أيسر بعد أن وضعت فلا نفقة لها في شيء من حملها[٦] لأن الطلاق لما لم يوجب النفقة في الحال لم يؤثر في الاستقبال. جريًا على شطر القاعدة الثاني.

---

(١) انظر: حاشيتا قيلوبي وعميرة٢/٤٢، انظر: المدونة الكبرى لسحنون ٢/٣٨٥، الأم للشافعي ٢/٧٦، وانظر: الإنصاف للمرداوي ٣/١٧٧، انظر: المحلى لابن حزم ٦/١٣٩.

(٢) عند ابن شهاب، انظر: المدونة الكبرى ٤/١٩-٢٠.

(٣) انظر: درر الأحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٤/٣٥٦، الجامع للشرائع ليحيى بن سعيد الحلي ٢/٥٤٢.

(٤) عند الحنفية.

(٥) انظر: الموسوعة الكويتية ٨/٢٠٠.

(٦) انظر: المدونة الكبرى ٢/٥٤.

٧- الاستطاعة على الحج لا توجبه على الكافر الأصلي وجوب مطالبة به في الدنيا حتى لو أسلم وهو معسر بعد استطاعته في الكفر فإنه لا أثر لها[١] فالاستطاعة لما لم تؤثر في الحال لمانع الكفر لم تؤثر في الاستقبال جريًا على شطر القاعدة الثاني.

٨- إذا أسلم شخص وله ولد كافر ولولده ولد صغير وقلنا لا يستتبع الجد ولد ولده لأجل وجود ولده فإذا مات ولده قيل يستتبع الجد ولدَ ولده وقيل لا يستتبعه[٢] والقولان يتخرجان على شطري القاعدة.

٩- الخلاف في المظاهر إذا دخل في الصوم، وهو غير واجد للرقبة ثم أيسر هل يمضي في صومه ويجزئه أو يعتق[٣] والقولان يتخرجان على شطري القاعدة.

بدي أحمد سالم

* * *

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة ٢/٢١٠.

(٢) انظر: حاشية العبادي على المنثور (مخطوط) ص١٢٢.

(٣) انظر: المنتقى شرح الموطأ للباجي ٤/٤٣، وانظر: الإنصاف للمرداوي ٧/٢٠٩، معارج الآمال للسالمي ١/٦٣٩.



رقم القاعدة: ٣٥١

نص القاعدة: الطَّارِئُ هَلْ يُنَزَّلُ مَنْزِلَةَ الْمُقَارِنِ؟[١].

ومعها :

الشيوع الطارئ ليس نظير المقارن.

صيغ أخرى للقاعدة :

١- المانع الطارئ هل هو كالمقارن[٢].

٢- كل ما لو قارن لمنع، فإذا طرأ فعلى قولين[٣].

قواعد ذات علاقة :

١- المقارِن لِلصَّنيع إذا كان مُؤَثِّرًا فإذا تَقَدَّمَ أو تأخَّر لا يؤثر غالبًا[٤]. (أعم من أحد شقي القاعدة).

---

(١) المنثور للزركشي ٢/٣٤٧.

(٢) أشباه السيوطي ص ١٨٥، الأقمار المضيئة للأهدل ص٢٨٣، إيضاح القواعد للحجي ص ١٠٣.
تجدر الإشارة هنا إلى أن ذكر المانع في هذه القاعدة خرج مخرج الغالب، و إلا فهناك من الطوارئ ما لا ينطبق عليه وصف المانع، كـأن يكون سببًا أو شرطًا، يدل على ذلك ما قاله العلائي، رحمه الله تعالى – ضمن بيان أقسام المانع: "الجنون والجذام والبرص والجَب [أي استئصال المذاكير] إذا كان بالزوج، وقارن ابتداء العقد ثبت للزوجة الخيار، وكذلك إذا حدث في دوام النكاح" ثم قال: "وهذه الصورة الأخيرة ليست من الموانع، وإنما ذكرت استطرادًا للقاعدة، وكذلك يأتي أيضًا في بقية الأقسام " اهـ. المجموع المذهب للعلائي ٢/٧٣٣ – ٧٣٤.

(٣) أشباه ابن السبكي ١/٣١٢.

(٤) أشباه ابن الوكيل ١/٤٧٦، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

٢- يغتفر في البقاء ما لا يغتفر في الابتداء[١]. (موافقة لأحد شقي القاعدة).

٣- الحادث بعد انعقاد السبب قبل إتمامه يجعل كالموجود عند ابتداء السبب[٢]. (أخص من أحد شقي القاعدة).

٤- الطارئ بعد العقد - قبل حصول المقصود به - كالمقارن للعقد[٣]. (أخص من أحد شقي القاعدة).

٥- المعترض بعد القضاء قبل الاستيفاء يجعل كالمقترن بأصل القضاء[٤]. (أخص من أحد شقي القاعدة).

٦- الشيوع الطارئ ليس نظير المقارن[٥]. (أخص من أحد شقي القاعدة).

٧- متى قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل سقط اعتبار البدل[٦]. (متكاملة).

شرح القاعدة :

الطارئ في اللغة: الحاصل فجأة[٧] والمراد به في القاعدة: المانع الطارئ، كما ورد في الصيغة الأخرى للقاعدة.

---

(١) المجلة – و شروحها – المادة ٥٥، وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: " يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء ".

(٢) المبسوط للسرخسي ١٠/١٠٢، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٣) المبسوط ٢١/١٥١، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٤) المصدر نفسه ١١/٢٤.

(٥) المصدر نفسه ١٥/١٤٦.

(٦) المبسوط ١/١١٠، وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "القدرة على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل يسقط اعتبار البدل".

(٧) انظر: لسان العرب لابن منظور، المصباح المنير للفيومي، المعرب للمطرزي، مادة "طرأ ".

ومعنى القاعدة: إذا تم التصرف بشروطه ثم حصل وطرأ عليه ما لو كان موجودًا عند إنشائه وابتدائه لأثر في الحكم من حيث المنع والفساد - أو الجواز والصحة - فهل يعتبر هذا المانع الطارئ الحادث كالموجود عند ابتداء التصرّف فيبطل التصرّف ويمنع ترتب أثره الشرعي عليه، أو لا يبطل التصرف، ولا يكون له أي أثر؟ اختلف الفقهاء في ذلك، كما سيأتي بيانه فيما يلي إن شاء الله تعالى.

وهذه القاعدة – التي يذكرها أيضًا الأصوليون في مبحث المانع، باعتبار أن المانع أحد الأحكام الوضعية - تدخل في عامة أبواب الفقه، وهي من القواعد الخلافية من جهتين:

الأولى: أن التصرفات نفسها قسمان: منها ما يكون حكم الطارئ فيها كحكم المقارن، ومنها ما هو على خلاف ذلك.

والجهة الثانية: اختلاف الفقهاء في بعض المسائل، هل هي من القسم الأول أو من القسم الثاني؟وذلك لأن المانع في الشريعة الإسلامية قد وقع على ثلاثة أقسام:

القسم الأول: ما يمنع ابتداء الحكم وانتهاءه –أي يكون الطارئ كالمقارن– مثل الردة تمنع صحة النكاح ابتداء ودوامًا إن وقعت قبل الدخول، وإن وقعت بعد الدخول ودامت حتى انقضت العدة فإنها تقطع الدوام. وكذلك الكفر مانع من ابتداء العبادة ودوامها.

والقسم الثاني: ما يمنع ابتداء الحكم دون استمراره – أي إن الطارئ لا يكون مثل المقارن - كالاستبراء بالعدة، فإنه يمنع ابتداء العقد على المستبرأة، فإن طرأ على النكاح، بأن تكره على الزنى أو توطأ بشبهة، فإنه يجب على الزوج استبراؤها بالعدة خشية اختلاط نسبه بالمتولد من الزنى، ولا يبطل النكاح.

والقسم الثالث مختلف فيه: هل يلحق بالقسم الأول فيمنع الابتداء

والدوام، أو يلحق بالثاني فلا يمنع الدوام بخلاف الابتداء؟ وله صور، منها: وجود الماء يمنع من التيمم ابتداء، فإن طرأ الماء بعد الدخول في الصلاة فهل يبطلها أم لا؟ فيه خلاف بين العلماء[١]. قال السيوطي - رحمه الله تعالى: «المانع الطارئ هل هو كالمقارن؟ فيه خلاف، والترجيح مختلف في الفروع... إلخ»[٢].

ولاختلاف هذه الأقسام جاء التعبير عن القاعدة أحيانًا بصيغة الجزم على النفي، وأحيانًا بصيغة الجزم على الإثبات، وتارة بصيغة الاستفهام، بناءً على المسائل المندرجة تحت كل صيغة من هذه الصيغ. وكذلك الشأن في القواعد المتفرعة عنها، بعضها جاءت جازمة على أن الطارئ كالمقارن، وبعضها تدل على أن حكم الطارئ غير حكم المقارن.

وتجدر الإشارة أن القاعدة أوردها الزركشي والسيوطي وغيرهما من فقهاء الشافعية بصيغة الاستفهام المنبئة عن وجود الخلاف فيها، غير أن ابن السبكي ذهب إلى أن الأصل أن يكون الطارئ كالمقارن، وما خرج عن هذا يكون مستثنى من القاعدة، قال: «التحقيق أن وجود الشيء في الدوام بمنزلة وجوده في الابتداء إلا ما استثني، والمستثنى لا يكون هو القاعدة. وهنا قسمان:

أحدهما: أن يستوي وجود الشيء ابتداء ودوامًا، وهو الأصل، وذلك على ضربين: أحدهما: أن يكون ذلك جزمًا، نحو قطع نجاسة الماء القليل بطريان الكثرة عليه، وقطع النكاح بطريان الرضاع المحرم..

والثاني: أن يكون كذلك ولكن على الأصح من الخلاف، مثل طريان الكثرة على الماء القليل المستعمل، وطريان الشفاء على المستحاضة في أثناء

---

(١) انظر: الفروق للقرافي ١/١٩٩. وراجع أيضًا: قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ٢/٨٨، المنثور للزركشي ٢/٣٤٧، الكوكب المنير لابن النجار ١/٤٦٢.

(٢) أشباه السيوطي ص١٨٦.

الصلاة، وطريان الردة -والعياذ بالله تعالى- على المحرم فيبطل نسكه.

القسم الثاني: أن لا ينزل منزلة الابتداء: وهذا هو الخارج، وهو أيضًا على ضربين... إلخ»[١].

ويبدو أن فقهاء الحنفية يفرقون بين المانع الطارئ على الحكم أو التصرف قبل أن يترتب عليه المقصود منه، وبين المانع الطارئ على دوام الشيء وبقائه واستمراره – فيما يتصور فيه تمام الشيء وحصول المقصود منه، مثل العبادات، والعقود والقضاء، فإذا وجد سبب الأمر لكن اعترض مانع قبل أن يتم التصرف ويترتب عليه مقصوده فهم يقررون في هذه الحالة أن الطارئ في جميع التصرفات كالمقارن، وقد عبروا عن هذا المعنى بقولهم: «الحادث بعد انعقاد السبب قبل إتمامه يجعل كالموجود عند ابتداء السبب»، وبنوا على هذا الأصل قواعد أخرى، وخرجوا عليه أحكامًا جزئية، فمن القواعد: «الطارئ بعد العقد- قبل حصول المقصود به - كالمقارن للعقد»، وكذلك ضابط «المعترض بعد القضاء قبل الاستيفاء يجعل كالمقترن بأصل القضاء». أما إذا طرأ المانع بعد أن يترتب على السبب مقصوده وموجَبه، فلا أثر للمانع عندئذٍ عند الجميع؛ لأن: «ما يعرض بعد حصول المقصود لا يجعل كالمقترن بالسبب»[٢].

أما ما لا يتصور فيه التمام وحصول المقصود منه، فيرى الحنفية – مثل سائر الفقهاء – أن من الأشياء ما يكون فيه الطارئ كالمقارن سواء[٣]، فإذا كان مقارنه مانعًا، مثلاً، يكون طارئه قاطعًا - فمثلاً: الملك الطارئ لأحد الزوجين

---

(١) الأشباه والنظائر للسبكي ١/٣١٥.

(٢) المبسوط ٢٢/٣٤.

(٣) قال الكاساني: "فرق الشرع بين الطارئ والمقارن في كثير من الأحكام" بدائع الصنائع ٦/١٣٨. ومفهوم هذا أن الشارع لم يفرق بينهما في مواضع أخر، وهذا المعنى هو عين ما عبر عنه الشافعية بالقاعدة التي بين أيدينا. ومما يؤكد ذلك حصول الإجماع في مسائل على أن الطارئ فيها كالمقارن، وعلى عكسها في مسائل أخرى، كما سيأتي ذلك ضمن التطبيقات، إن شاء الله تعالى.

على صاحبه بعد النكاح يرفع حكم النكاح؛ لأن الملك المقارن يمنع من انعقاد النكاح، فالطارئ عليه يبطله[1] - ومنها ما لا يكون فيه الطارئ كالمقارن، ولم يجعل كالمانع من التصرف ابتداءً، بل يغتفر في المانع الوارد أثناء الدوام، كما تدل عليه قاعدة: «يغتفر في البقاء ما لا يغتفر في الابتداء»، ومن هنا قال السيوطي – رحمه الله تعالى: «ويعبر عن أحد شقي هذه القاعدة [يقصد القاعدة الأم هنا] بقاعدة: يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء»[2]، والظاهر أنه يقصد بأحد شقي القاعدة ما إذا كان الطارئ مخالفًا للمقارن ولم ينزل منزلته، والشق الآخر هو أن يكون الطارئ مثل المقارن، وموافقًا له في الحكم[3].

ولم نقف على من ذكر ضابطًا لما يكون فيه الطارئ كالمقارن وما لا يكون، ويبدو –والله أعلم– أن مردَّ ذلك إلى وجود المعنى في المقارن والطارئ، فإذا كان المعنى الذي شرع من أجله الحكم ابتداءً موجودًا عند الطريان كان الطارئ كالمقارن، وإذا تخلف المعنى تخلف الحكم، ولم يكن الطارئ كالمقارن، وإن كان المعنى غير جلي اختلفت فيها الاجتهادات، فمن رأى المعنى متحققًا في الطارئ فنزله منزلة المقارن، ومن رأى خلاف ذلك لم ينزله منزلة المقارن - كما هو الشأن في تحقق العلة في صحة قياس الفرع على الأصل، على أنه قد يعدل عن مراعاة المعنى لأمر آخر يقتضي العدول عنه، ولعل هذا مما يلمس في قول الإمام الكاساني – رحمه الله تعالى: «وجه ظاهر الرواية أن المانع في المقارن كون الشيوع مانعًا عن تحقق القبض في النصف الشائع، وهذا المعنى موجود في الطارئ فيمنع البقاء على الصحة»[4]، ونحوه

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٢/٣٣٩

(٢) أشباه السيوطي ص ١٨٦.

(٣) انظر: القواعد والضوابط المتضمنة للتيسير لآل عبد اللطيف ٢/٦١١.

(٤) بدائع الصنائع ٦/١٣٨.

قول ابن قدامة – رحمه الله تعالى: «الشروط تعتبر في الدوام كاعتبارها في الابتداء، لاسيما إذا كانت لمعنى يحتاج إليها في الدوام»(١).

أدلة القاعدة:

١- هذه القاعدة من القواعد المبنية على استقراء الفروع الفقهية، أي إنهم نظروا في الفروع الفقهية فوجدوا أن منها ما يكون الطارئ فيه كالمقارن، ومنها ما يكون عكس ذلك جزمًا أو تصحيحًا، يدل على ذلك تقسيمهم لأثر الطارئ على النحو المذكور، قال الزركشي: «الطارىء هل ينزل منزلة المقارن؟» وهو على أربعة أقسام: فذكر أن منه ما ينزل منزلة المقارن قطعًا، ومنه ما لا ينزل منزلته قطعًا، ومنه ما ينزل منزلته على الأصح، ومنه ما لا ينزل منزلته على الأصح(٢). وقد تقدم مثله في كلام القرافي وغيره آنفًا.

٢- أما قولهم: «الطارئ قبل حصول المقصود بالسبب كالمقترن بأصل السبب» فلأن المعتبر في التصرفات والأحكام مقاصدها، فما لم يحصل المقصود منها بتمامه لمانع يطرأ عليه كان في حكم العدم شرعًا، والله تعالى أعلم.

٣- وقد استنبط بعضهم قاعدة «الطارئ في الدوام كالمقارن في الابتداء» من قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تُبْطِلُواْ صَدَقَٰتِكُم بِٱلْمَنِّ وَٱلْأَذَىٰ كَٱلَّذِى يُنفِقُ مَالَهُۥ رِئَآءَ ٱلنَّاسِ وَلَا يُؤْمِنُ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْءَاخِرِ ۖ فَمَثَلُهُۥ كَمَثَلِ صَفْوَانٍ عَلَيْهِ تُرَابٌ فَأَصَابَهُۥ وَابِلٌ فَتَرَكَهُۥ صَلْدًا ۖ لَّا يَقْدِرُونَ عَلَىٰ شَىْءٍ مِّمَّا كَسَبُواْ ۗ وَٱللَّهُ لَا يَهْدِى ٱلْقَوْمَ ٱلْكَٰفِرِينَ﴾ [البقرة- ٢٦٤]: «ففي الآية

---

(١) المغني لابن قدامة ١٤٥/٦.

(٢) انظر: المنثور للزركشي ٣٤٧/٢، أشباه السيوطي ص ١٨٥.

أن طرآن المن والأذى بعد الصدقة كمقارنة الرياء لها في الابتداء. وقد ضرب الله فيها مثالين:

أحدهما: للمقارن المبطل في الابتداء بقوله: ﴿فَمَثَلُهُۥ كَمَثَلِ صَفْوَانٍ عَلَيْهِ تُرَابٌ فَأَصَابَهُۥ وَابِلٌ فَتَرَكَهُۥ صَلْدًا﴾، **فهذا** فيه بيان أن الوابل الذي نزل على الصفوان - وهو الحجر الصلد - وعليه التراب اليسير، فأذهبه الوابل، فلم يبق فيه محل يقبل النبات وينتفع بالوابل، فكذلك الرياء وعدم الإيمان إذا قارنا إنفاق المال.

والثاني: الطارئ في الدوام، وأنه يفسد الشيء من أصله بقوله تعالى: ﴿أَيَوَدُّ أَحَدُكُمْ أَن تَكُونَ لَهُۥ جَنَّةٌ مِّن نَّخِيلٍ وَأَعْنَابٍ تَجْرِى مِن تَحْتِهَا ٱلْأَنْهَٰرُ لَهُۥ فِيهَا مِن كُلِّ ٱلثَّمَرَٰتِ وَأَصَابَهُ ٱلْكِبَرُ وَلَهُۥ ذُرِّيَّةٌ ضُعَفَآءُ فَأَصَابَهَآ إِعْصَارٌ فِيهِ نَارٌ فَٱحْتَرَقَتْ﴾ [البقرة - ٢٦٦] فمعنى الآية أن هذه الجنة لما تعطل النفع بها بالاحتراق عند كبر صاحبها وضعفه وضعف ذريته، وهو أحوج ما يكون إليها، فكذلك طرآن المن والأذى يحبطان أجر المتصدق، وهو أحوج ما يكون إليه يوم فقره وفاقته»[١].

تطبيقات القاعدة:

أولاً: تطبيقات هي أحكام جزئية:

١- العدة تمنع ابتداء النكاح، فلا يجوز أن يتزوج رجل امرأة غيره ما دامت في العدة، ولكن لو طرأت العدة على النكاح لا تقطعه بالإجماع - كما تقدم آنفًا؛ لأن المانع الطارئ في هذه المسألة ليس كالمقارن[٢].

---

(١) المجموع المذهب للعلائي ٢/ ٧٣٠ - ٧٣١.

(٢) انظر: شرح معاني الآثار للطحاوي ٣/ ٢٥٨.

٢- الحدث يمنع ابتداء الصلاة والطواف وغيرهما مما يشترط له الطهارة، ويقطع دوام هذه العبادات إذا طرأ على الطهارة، لأن المانع الطارئ كالمقارن[١].

٣- لو طرأ مؤبد التحريم على النكاح لقطعه، فمثلاً: إذا نكح امرأة فوطئها أبوه أو ابنه بشبهة، أو وطئ هو أمها أو ابنتها بشبهة انفسخ النكاح؛ لأن المانع الطارئ في باب النكاح كالمقارن[٢].

٤- الفاسق يمنع من الوصاية على اليتيم ابتداءً، وينعزل بالفسق الطارئ -عند الشافعية والزيدية ومن وافقهم خلافًا للحنفية ومن وافقهم- بناءً على موجب هذه القاعدة[٣].

٥- قال الحنفية: عقد الذمي لا ينتقض بسبه النبي ﷺ؛ لأن السب كفر والكفر المقارن له لا يمنعه فالطارئ لا يرفعه[٤].

٦- الإحرام يمنع صحة النكاح ابتداء، ولكن لو طرأ الإحرام على النكاح لم يقطعه بالإجماع؛ لأن المانع الطارئ هنا ليس كالمقارن[٥].

٧- لو أنشأ السفر مباحًا ثم صرفه إلى معصية لم يترخص في الأصح، فجعل طارئ المعصية كالمقارن في الأصح عند الشافعية[٦].

---

(١) انظر: قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ٢/٨٨، المنثور للزركشي ٢/٣٤٧.

(٢) انظر: شرح معاني الآثار ٣/٢٥٨، الفروق مع هوامشه ١/١٩٩، قواعد الأحكام ٢/٨٨، المنثور ٢/٣٤٧، كشاف القناع للبهوتي ٥/٤٥٣.

(٣) انظر: الحاوي الكبير للماوردي ٨/٣٣٤، البحر الزخار لابن المرتضى الزيدي ٦/٣٣١.

(٤) انظر: الهداية للمرغيناني٢/١٦٣.

(٥) انظر: قواعد الأحكام ٢/٨٨، القواعد للحصني ٢/١٩٩.

(٦) انظر: المنثور ٢/٣٤٧.

٨- إذا وكل حلال حلالاً في إيجاب النكاح أو قبوله، ثم أحرم الموكل، فالأصح – عند الشافعية - أن الوكيل لا ينعزل بإحرام الموكل، بل له مباشرة العقد بعد تحلل الموكل بتلك الوكالة، فالطارئ هنا ليس كالمقارن في الأصح عندهم[1].

٩- لو وكل حلال حلالاً ببيع صيد فباعه ثم أحرم الموكل قبل قبض المشتري، فعلى قياس قول أبي حنيفة رحمه الله جاز البيع، وعلى قياس قول أبي يوسف ومحمد: يبطل؛ لأن الإحرام القائم لا يمنع من جواز التوكيل عنده، فالطارئ لا يبطله، وعندهما القائم يمنع، فالطارئ يبطله[2].

١٠- إذا عقد اثنان شركة بينهما ولكن بعد تمام العقد وقبل التصرف هلك أحد المالين، فقد بطلت الشركة؛ لأن المقصود بالشركة التصرف بها لا عينها فإذا اعترض بعد التصرف قبل حصول المقصود ما لو اقترن بالتصرف كان مانعًا منه فكذلك إذا اعترض يكون مبطلاً له[3]؛ لأن المانع الطارئ كالمقارن.

(١) انظر: قواعد الحصني ٢/٢٠٥.
(٢) انظر: بدائع الصنائع ٥/١٤٢.
(٣) انظر: المبسوط ١١/١٦٣.

ثانيًا : تطبيقات هي قواعد فقهية :

٣٥٢ـ نص القاعدة: الشُّيُوعُ الطَّارِئُ لَيْسَ نَظِيرَ الْمُقَارِنِ[١].

شرح القاعدة :

الشيوع في اللغة مصدر شاع، يقال: شاع الأمر يَشِيع شَيْعًا، وشَيَعانًا وشيوعًا: إذا ظهر وانتشر. يقال: شاع الخبر شيوعًا فهو شائع إذا ذاع، وانتشر، وأشاعه إشاعة أطاره وأذاعه وأظهره.

ويقال: نصيب فلان شائع في جميع الدار، أي: متصل بكل جزء منها ومشاع فيها ليس بمقسوم[٢].

وشرعًا: ثبوت الحق في الشيء الواحد لشخصين فأكثر على وجه الشيوع. وعبر عنها صاحب المغني بأنها اجتماع في استحقاق أو تصرف[٣].

قال ابن عابدين – رحمه الله تعالى: «أمهات مسائل الشيوع سبع: بيع الشائع وإجارته وإعارته ورهنه وهبته وصدقته ووقفه...[٤] إلخ»، ثم فصل حكم الشيوع في كل منها.

هذه القاعدة من القواعد المعتمدة عند الحنفية خاصة، وذكروا أن الشيوع الطارئ في الهبة والإجارة – لغير الشريك - والصدقة يختلف حكمه عن حكم الشيوع المقارن لهذه الأشياء، فلا يؤثر طرو الشيوع على صحة هذه العقود، بخلاف ما إذا كان الشيوع مقارنًا لها؛ إذ أنها لا تصح مع الشيوع عندهم.

---

(١) المبسوط ١٤٦/١٥.

(٢) انظر: لسان العرب، المصباح المنير، مختار الصحاح، مادة "شيع".

(٣) انظر: حاشية القليوبي ٣٣٢/٢، والمغني لابن قدامة ٣/٥، الموسوعة الفقهية ٦٨٩/٢٦.

(٤) حاشية ابن عابدين ٤٣٩/٨. وانظر: لسان الحكام لابن أبي اليمن الحنفي ص٣٧٠.

ومن تطبيقاتها :

١- إذا مات أحد المستأجريْن انفسخ العقد في نصيب الميت وبقي في نصيب الحي شائعًا ولا يضر شيوعه؛ لأن الشيوع الطارئ هنا ليس كالمقارن؛ لأن الشيوع إنما كان مفسدًا لكونه مانعًا من القبض ولا حاجة إليه بعد القبض[١] وكذلك لو أجر أحد داره ثم ظهر لنصفها مستحق تبقى الإجارة في نصفها الآخر الشائع يعني أن الشيوع الذي يعرض بعد عقد الإجارة لا يفسدها[٢] فحكم الشيوع الطارئ هنا يختلف عن حكم الشيوع المقارن؛ إذ إن إجارة المشاع لا يصح عند أبي حنيفة وزفر، وهو الراجح عند الحنابلة، خلافًا للجمهور والصاحبين من الحنفية[٣].

٢- من وهب هبة مشاعة - فيما يحتمل القسمة، فالهبة فاسدة عند الحنفية؛ لأن الهبة لا تلزم إلا بالقبض، وقبض المشاع غير محتمل، لكن من وهب هبة ثم رجع في بعضها[٤]، فإن الرجوع في بعضها لا يمنع صحتها[٥].

٣- لو وقف شخص كل عقاره ثم استحق جزء منه شائعًا بطل الوقف في الباقي؛ لأنه تبين بعد الاستحقاق أن الشيوع كان مقارنًا للوقف.

٤- أما إذا وقف المريض داره ثم مات وتبين أن هذه الدار لا تخرج من الثلث ولم يجز الورثة وقف الجزء الزائد على الثلث فإن الوقف يبطل

---

(١) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٥/١٢٧.

(٢) انظر: درر الحكام لعلي حيدر ١/٣٩٤.

(٣) انظر: الموسوعة الفقهية ٢٦/٢٩١.

(٤) ومعلوم أن الهبة تقبل الرجوع عندهم.

(٥) انظر: مجمع الأنهر لشيخي زاده ٣/٤٩٤، درر الحكام ٢/٣٩٢.

في الجزء الزائد ويصبح ملكًا للورثة، ويبقى الباقي من الدار الذي خرج من الثلث وقفًا، وقد صح الوقف هنا مع كونه حصة شائعة، لأن الشيوع طارئ بسبب عدم إجازة الورثة[١].

ومن مستثنياتها :

عقد الرهن؛ فإن الشيوع الطارئ عليه مبطل له كالشيوع المقارن له على الصحيح من المذهب[٢] فمثلاً: إذا ارتهن اثنان شيئًا، فأراد أحدهما رد الرهن، لم يكن له ذلك حتى يجتمعا على الرد؛ لأن حق الحبس لكل واحد منهما ثابت في الجميع ولا ولاية لأحدهما على الآخر في إسقاط حقه؛ ولأنه لو تمكن من رد نصيبه بطل به الرهن في نصيب الآخر؛ فإن الشيوع الطارئ كالشيوع المقارن في ظاهر الرواية[٣].

د. محمد خالد عبد الهادي هدايت

* * *

(١) انظر: فتح القدير لابن الهمام ٢١٢/٦، وحاشية ابن عابدين ٣٦٤/٣، ٣٦٥، الموسوعة الفقهية ١٧٢/٤٤.

(٢) انظر: المبسوط ٧٢/٢١.

(٣) انظر: المصدر السابق ١٦٦/٢١.



رقم القاعدة: ٣٥٣

نص القاعدة: "الدَّوَامُ عَلَى الشَّيْءِ هَلْ هُوَ كَابْتِدَائِهِ أَمْ لَا"؟[١].

ومعها :

١- يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء.

٢- يغتفر في الابتداء ما لا يغتفر في الدوام.

٣- استدامة الشيء تعتبر بأصله.

صيغ أخرى للقاعدة :

١- التمادي على الشيء هل يكون كابتدائه في الحكم أم لا؟[٢].

٢- التمادي على الفعل هل يُجعل كابتدائه[٣].

٣- هل الدوام كالابتداء؟[٤].

٤- الدوام على الفعل بمنزلة الإنشاء[٥].

---

(١) إيضاح المسالك للونشريسي ص ٦٨ (قاعدة ١٣)، المعيار المعرب والجامع المغرب للونشريسي ١٩١/٩. وانظر: القواعد للمقري ٢٧٨/١، شرح اليواقيت للسجلماسي ٢١١/١، الإسعاف بالطلب للتواتي ص٥٧، إعداد المهج للاستفادة من المنهج للشيخ أحمد الشنقيطي ص٦٣، شرح المنجور على المنهج المنتخب ص٧٣، ٧٤.

(٢) القواعد للمقري ٢٧٨/١.

(٣) الذخيرة للقرافي ٥٣/٤.

(٤) الموافقات للشاطبي ٤٢٩/٣.

(٥) الفرائد للحمزاوي ص ٢٦ عن تعليق الفتاوى الخانية.

٥- البقاء أسهل من الابتداء[١].

٦- الدوام أقوى من الابتداء[٢].

٧- البقاء على وفق الثبوت[٣].

قواعد ذات علاقة:

١- الدفع أسهل من الرفع[٤]. (تعليل).

٢- المانع الطارئ هل هو كالمقارن؟[٥]. (أخص).

٣- يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء. (متفرعة).

---

(١) مجلة الأحكام العدلية: مادة ٥٦، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢٦٨، غمز عيون البصائر للحموي ١٤٤/٢، شرح المجلة لعلي حيدر٥٦/١، التحقيق الباهر لهبة الله أفندي ٣٤١/٢، تقريرات البحراوي ٢٥٦/١ أ، التقرير والتحبير في شرح التحرير لابن أمير الحاج ٢٠٦/٣، كشف الأسرار عن أصول البزدوي لعلاء الدين البخاري ٣١٣/٢، ٤٠٢/٣، المبسوط للسرخسي ١١٦/٤، بدائع الصنائع للكاساني١٨٤/٢، ٢٠/٥، ٢١٧، أحكام القرآن للجصاص ٨/٣، البناية للعيني ٣٢١/٤، ٧٨٧، ٦٥٢/٦، ٤٦٦/٧، ٢٤٢/٩، ٤٦٧، تبيين الحقائق للزيلعي ٣٩/١، ١٨٧، ٢٠٣، ١٧٦/٢، ٢٥٣، ٢٦/٣، ٤٠، ١٣٢/٤.

(٢) القواعد لابن رجب ص٢٤٣، أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ١٩٥/٣، روضة الطالبين للنووي ٢٧/٣، ٢٩٠/٤، حواشي الشرواني ٢٥٥/١، مجموع الفتاوى لابن تيمية ١٤٨/٢٢، شرح الوجيز (فتح العزيز) للرافعي ٧٢/١٠، نهاية المحتاج للرملي ٢٤٤/٤، ٢٥٥/٤، ٣٤١/٦، إعانة الطالبين للبكري ١٠٠/٤، المغني لابن قدامة ١٤٧/٨، الشرح الكبير لشمس الدين عبد الرحمن بن قدامة ٢٠٧/٩، كشاف القناع للبهوتي ٤٤٧/٥، التجريد للقدوري ١٣٢٠/٣، ٢٧٦٨/٦.
ووردت بلفظ "الاستدامة أقوى من الابتداء". (مجموع الفتاوى لابن تيمية ٢١٣/٢١، الفتاوى الكبرى له ٣٠٥/٥، القواعد لابن رجب ص٤٢٤، المغني لابن قدامة ٢٤٣/٤، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢٢/٢، كشاف القناع له ٣٥٥/٣، المجموع للنووي ٥٥٩/١)

(٣) ترتيب اللآلي لناظر زاده ٤٢٢/١.

(٤) الأشباه والنظائر لابن السبكي ١٢٧/١، غمز عيون البصائر للحموي ١٨٤/٢، الإحكام في أصول الأحكام للآمدي ٣١٨/٢، رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب للسبكي ٣٠٧/٣، التقرير والتحرير في شرح التحرير لابن أمير الحاج ٣٦٥/١، ٢٧١/٢، بدائع الصنائع للكاساني ٢٧٠/٢، ١٣٤/٣، ١٤٠/٤، ٣٥٢/٧، الدر المختار للحصكفي ٣١/٥، ٣١/٦، ٥٩٠/٧، حاشية ابن عابدين٤٤٠/١، ١٦٧/٣، ٢٢٤/٣، ١٧١/٧، ٣٧٦، المغني لابن قدامة ١٤١/٤.

(٥) الأشباه والنظائر للسيوطي ص١٨٥، وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "الطارئ هل ينزل منزلة المقارن".

٤- يغتفر في الابتداء ما لا يغتفر في الدوام. (متفرعة).

٥- استدامة الشيء معتبر بأصله[١]. (متفرعة).

٦- يغتفر في الفسوخ ما لا يغتفر في ابتداء العقود[٢]. (متفرعة).

٧- أحكام التبع يثبت فيها ما لا يثبت في المتبوعات[٣]. (معللة بالقاعدة).

٨- دوام المعلق عليه هل ينزل منزلة ابتدائه؟[٤]. (متفرعة).

شرح القاعدة :

المراد بالدوام : استمرار الحكم خلال تنفيذه أو في أثنائه. والمراد بالابتداء: أي عند إنشاء الحكم وإيجاده.

ومعنى القاعدة : أن استمرار المكلف على فعل معين هل يعتبر بمنزلة إنشائه وابتدائه من جديد أم لا؟ فإذا كان ابتداء الفعل مثلاً ممنوعًا أو مفسدًا للعمل، كابتداء الصلاة بالنجاسة، فهل يكون الدوام عليها أيضًا ممنوعًا ومفسدًا للعمل، كطروء النجاسة على المصلي أثناء الصلاة. وإذا كان الابتداء مسببًا للكفارة أو الحنث هل يكون الدوام كذلك مسببًا لهما؟[٥].

فالقاعدة كما يبدو من صيغتها تعتبر من قواعد الخلاف العام بين فقهاء المذاهب؛ بل حدث الخلاف فيها داخل المذهب الواحد، كما تعبر عن ذلك بعض صيغها الأخرى.

---

(١) المبسوط للسرخسي ١٢/٨٢.

(٢) المنثور في القواعد للزركشي ٣/٥٢، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٣) إعلام الموقعين لابن القيم ٥/٣٩٤، وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "يغتفر في التابع ما لا يغتفر في المتبوع".

(٤) القواعد لتقي الدين الحصني ٢/١٤٧.

(٥) انظر: تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية للصادق الغرياني ص٥٠.

فعند الحنفية: اختلف محمد بن الحسن وأبو يوسف -رحمهما الله- فالأصل عند محمد بن الحسن أن البقاء على الشيء يجوز أن يعطى له حكم الابتداء، وعند أبي يوسف لا يعطى له حكم الابتداء في بعض المواضع[١]. ومن ثم وقع الخلاف بينهما في كثير من المسائل، كمن تطيب قبل الإحرام بطيب وبقيت رائحته بعد الإحرام، فعند محمد -رحمه الله- يُكره ذلك وعليه فدية، وجعل البقاء عليه كابتدائه. وعند أبي يوسف لا يكره[٢].

أما المالكية فقد اختلفوا كذلك في استدامة المكلف على الشيء، هل لها حكم ابتدائه أم لا؟ لذلك وضعوا القاعدة بصيغة الاستفهام، وفيها قولان عندهم. فمن حلف لا يدخل الدار وهو داخل فيها هل يحنث بالاستمرار فيها أو لا؟ فمن جعل الدوام كالابتداء قالوا يحنث، ومن جعل الدوام ليس كالابتداء قالوا: لا يحنث[٣] ومن طرأ عليه الخبث في الصلاة غير الرعاف، يجب أن يقطع ولا يبني على المشهور عند المالكية، فالدوام والابتداء في طروء النجاسة سواء في الحكم. ويجوز له القطع والبناء في الرعاف، لأن الدوام ليس كالابتداء، لأنه رخصة، ولو جعلوه كالابتداء لألزموه بالقطع وعدم البناء[٤].

---

(١) تأسيس النظر للدبوسي ص ٧٦، قواعد الفقه للبركتي ص٣٦.

(٢) انظر: تأسيس النظر للدبوسي ص ٧٦.

(٣) انظر: شرح اليواقيت الثمينة للسجلماسي ١/٢١٣، ٢١٦، إيضاح المسالك للونشريسي ص٦٨ قاعدة ١٣، إعداد المهج للاستفادة من المنهج للشيخ أحمد بن المختار الشنقيطي ص٦٣، شرح المنجور على المنهج المنتخب ص٧٣-٧٤.

(٤) انظر: شرح المنجور ص٧٤، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية للغرياني ص٥٤. ومن ذلك: خلاف القابسي وابن أبي زيد في من أحدث قبل تمام غسله ثم غسل أعضاء وضوئه من جديد دون أن يجدد النية هل يصح وضوؤه أو لا؟ فالقابسي جعل نية الطهارة الكبرى منسحبة حكمًا إلى آخر الغسل، وجعل البقاء كالابتداء، فلم يقل بتجديد النية للوضوء. وابن أبي زيد لم يجعل البقاء كالابتداء، وقال بوجوب تجديد النية. انظر: إيضاح المسالك للونشريسي ص ٦٨ قاعدة ١٣، إعداد المهج للاستفادة من المنهج ص٦٣، شرح المنجور على المنهج المنتخب ص٧٣-٧٤، شرح اليواقيت الثمينة للسجلماسي ١/٢١٣، ٢١٦.

أما الشافعية فاختلافهم في القاعدة جاء تبعًا لاختلافهم فيما عدوه أصلاً لها، وهي قاعدة «المانع الطارئ هل هو كالمقارن؟»[١]. وقد ذكر السيوطي الخلاف فيها، ومثل للحالات التي حكم فيها بأن الطارئ كالمقارن على الأصح في المذهب، كطريان الشفاء على المستحاضة في أثناء الصلاة، وطريان أحد العيوب على الزوجة، والحلول على دين المفلس الذي كان مؤجلاً. فيحكم لصلاة المستحاضة بالإبطال، وبإثبات الخيار للزوج، وبرجوع البائع في عين ماله. كما ذكر أمثلة للحالات التي حكم فيها أن الطارئ ليس كالمقارن، ومنها: أن طريان القدرة على الماء للمتيمم في أثناء الصلاة لا يبطلها. أما الحالات التي جزم فيها باستواء الحكم في الدوام والابتداء، فمنها: طريان الكثرة على الماء النجس، والرضاع المحرم، والردة على النكاح، والحدث العمد على الصلاة، ونية القنية على عروض التجارة وأحد العيوب على الزوج. ومن الحالات التي جزم فيها بأن الدوام ليس كالابتداء: دخول وقت الكراهة على التيمم لا يبطله بلا خلاف في المذهب، ولو تيمم فيه للنفل لم يصح[٢].

وكذلك اختلف الحنابلة في القاعدة، كما يظهر من بعض الفروع، فقد ذهب ابن قدامة –رحمه الله- إلى أن وجود الشيء في الدوام بمنزلة وجوده في الابتداء، فكان الحكم فيهما واحدًا، وعلة ذلك هو الوجود، والثبوت في الحالتين معًا، فمن حلف لا يلبس ثوبًا هو لابسه، لزمه نزعه في الحال، وإلا حنث. وكذلك إن حلف لا يركب دابة أو سيارة أو دراجة أو غيرها من وسائل النقل الحديثة وهو راكبها، فإن نزل في أول حالة الإمكان لم يحنث، وإلا حنث.

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص١٨٥. وانظر: المنثور للزركشي ٢/٣٤٧، قواعد الحصني ٢/١٩٥. وقد ذكر ابن السبكي أن المسائل التي يغتفر فيها في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء تدخل في فروع قاعدة "الدفع أسهل من الرفع". انظر: أشباه ابن السبكي ١/٣١٥.

(٢) انظر: أشباه السيوطي ص١٨٥، ١٨٦.

وإذا طلع الفجر وهو مجامع، فاستدام الجماع، فعليه القضاء والكفارة[١].

أما الإمام ابن القيم -رحمه الله- فقد نصر القول بأن أحكام الدوام غير أحكام الابتداء، وضرب لذلك أمثلة عدة، ودلل عليه في كلام طويل، فقال: «وأين أحكام الابتداء من الدوام وقد فرق النص والإجماع والقياس بينهما؟ فلا تؤخذ أحكام الدوام من أحكام الابتداء ولا أحكام الابتداء من أحكام الدوام في عامة مسائل الشريعة، فالإحرام ينافي ابتداء النكاح والطيب دون استدامتهما، والنكاح ينافي قيام العدة والردة دون استدامتها، والحدث ينافي ابتداء المسح على الخفين دون استدامته، وزوال خوف العنت ينافي ابتداء النكاح على الأمة دون استدامته عند الجمهور، والزنا من المرأة ينافي ابتداء عقد النكاح دون استدامته عند الإمام أحمد ومن وافقه، والذهول عن نية العبادة ينافي ابتداءها دون استدامتها، وفقد الكفاءة ينافي لزوم النكاح في الابتداء دون الدوام، وحصول الغنى ينافي جواز الأخذ من الزكاة ابتداء ولا ينافيه دوامًا. وحصول الحجر بالسفه والجنون ينافي ابتداء العقد من المحجور عليه ولا ينافي دوامه، وطريان ما يمنع الشهادة من الفسق والكفر والعداوة بعد الحكم بها لا يمنع العمل بها على الدوام ويمنعه في الابتداء، والقدرة على التكفير بالمال تمنع التكفير بالصوم ابتداء لا دوامًا، والقدرة على هدي التمتع تمنع الانتقال إلى الصوم ابتداء لا دوامًا، والقدرة على الماء ابتداء التيمم اتفاقًا، وفي منعه لاستدامة الصلاة بالتيمم خلاف بين أهل العلم، ولا يجوز إجارة العين المغصوبة ممن لا يقدر على تخليصها، ولو غصبها بعد العقد من لا يقدر المستأجر على تخليصها منه لم تنفسخ الإجارة وخير المستأجر بين فسخ العقد وإمضائه، ويمنع أهل الذمة من ابتداء إحداث كنيسة في دار الإسلام ولا يمنعون من استدامتها، ولو حلف لا يتزوج ولا يتطيب أو لا يتطهر فاستدام ذلك لم

(١) انظر: المغني لابن قدامة ٤/٣٧٩، ١٣/٥٨٥، القواعد الفقهية في المغني للإدريسي ص٣٧٥.

يحنث وإن ابتدأه حنث، وأضعاف أضعاف ذلك من الأحكام التي يفرق فيها بين الابتداء والدوام؛ فيحتاج في ابتدائها إلى ما لا يحتاج إليه في دوامها، وذلك لقوة الدوام وثبوته واستقرار حكمه، وأيضًا فهو مستصحب بالأصل، وأيضًا فالدافع أسهل من الرافع، وأيضًا فأحكام التبع يثبت فيها ما لا يثبت في المتبوعات، والمستدام تابع لأصله الثابت»[١].

ومما يبين اختلاف الحنابلة في القاعدة هو اختلافهم في قواعد أخرى متفرعة عنها ذكرها ابن رجب الحنبلي في قواعده، ومنها قاعدة «من تلبس بعبادة، ثم وجد قبل فراغها ما لو كان واجدًا له قبل الشروع لكان هو الواجب، دون ما تلبس به، هل يلزمه الانتقال إليه، أم يمضي ويجزئه؟»[٢]. وذكر أمثلة للخلاف فيها، منها: «المتيمم إذا شرع في الصلاة ثم وجد الماء ففي بطلانها روايتان»[٣]. وكذلك اختلافهم في قاعدة «من تعلق به الامتناع من فعل هو متلبس به فبادر إلى الإقلاع عنه، هل يكون إقلاعه فعلاً للممنوع منه أو تركًا له فلا يترتب عليه شيء من أحكامه؟»[٤].

ومما سبق يظهر أن جمهور الفقهاء فرقوا في الحكم بين حالتي البقاء والابتداء، لكنهم ذكروا كذلك بعض الحالات التي لا يفرق فيها بين الدوام والابتداء في الحكم لاتحاد سبب الابتداء والدوام فيها. فمن ذلك: من رأى مصحفًا في قذر ويقدر على رفعه ولم يرفعه فقد ارتد بلا خلاف؛ لأن الدوام في حقه كالابتداء[٥] ومنها: من مات وعليه دين ولم يترك وفاء لدينه، يجوز ضمان دينه بعد موته كما يجوز في حياته، فيستدام الضمان ولا يبطل بالموت،

---

(١) إعلام الموقعين لابن القيم ٣٤٢/٢ - ٣٤٣.

(٢) القواعد في الفقه الإسلامي لابن رجب الحنبلي ص ٩.

(٣) القواعد في الفقه لابن رجب ص١٠.

(٤) القواعد في الفقه لابن رجب ص١٠٤.

(٥) انظر: إيضاح المسالك للونشريسي ص٧١.

فالضمان لا ينافي الموت، ولو نافاه ابتداء لنافاه استدامة[١]. والرضاع إذا قارن ابتداء النكاح منعه، ولو طرأ بعد النكاح يقطعه أيضًا، فهو مانع لصحة النكاح ابتداء ودوامًا[٢] والمجوسي إذا أسلم وتحته زوجة هي أمّه أو أخته أو ذات محرم منه، فإنه يفرق بينهما، وإن كان ذلك مباحًا في دينه قبل إسلامه؛ لأن نكاحهم محرم عليه ابتداء ودوامًا.

وهذه القاعدة من القواعد الكبرى التي كثر ورودها على ألسنة الفقهاء في مقام التعليل للأحكام الفقهية، وتدخل في غالب فروع الفقه[٣].وقد تفرع عنها قواعد أخرى كثيرة، سيأتي ذكر بعضها.

أدلة القاعدة:

يستدل للقول بأن الدوام على الشيء ليس كابتدائه بما يلي:

١- عن عائشة رضي الله عنها زوج النبي ﷺ قالت: «كنت أطيب رسول الله ﷺ لإحرامه حين يحرم ولحله قبل أن يطوف بالبيت»[٤] وحديث عائشة رضي الله عنها قالت: «كنا نخرج مع النبي ﷺ إلى مكة فنضمد جباهنا بالمسك المطيب عند الإحرام فإذا عرقت إحدانا سال على وجهها فيراه النبي ﷺ فلا ينهاها»[٥].

ووجه الدلالة من الحديثين: أن وضع المحرم الطيب على بدنه بعد عقد نية الإحرام منهي عنه، أما وضعه قبل الإحرام واستدامته وبقاء

---

(١) انظر: أعلام الموقعين لابن القيم ٤٥٨/٢.

(٢) انظر: موسوعة القواعد للبورنو ١٦٢/٧.

(٣) انظر: القواعد والضوابط الفقهية عند ابن تيمية في فقه الأسرة للصواط ٣٩١/١.

(٤) رواه البخاري ١٣٦/٢-١٣٧ (١٥٣٩) واللفظ له، ومسلم ٨٤٦/٢ (١١٨٩)/(٣٣).

(٥) رواه أحمد ٥٠/٤١، ٥١٠ (٢٤٥٠٢)، (٢٥٠٦٢)، وأبـو داود ٦٦/١ (٢٥٤) واللفظ له، ١١٦/٢ (١٨٣٠)، من حديث عائشة رضي الله عنها.

أثره بعده بعد عقد النية فلا يضر حتى ولو سال على الملابس. فاختلف حكم الدوام عن حكم الابتداء.

٢- حصار رسول الله ﷺ أهل الطائف، وكان ابتداؤه في شوال وهو شهر حلال واستصحب الحصار إلى أن دخل ذو القعدة وهو شهر حرام فاستمر في الحصار قريبًا من أربعين يومًا، ثم قفل عنهم. ومن المعلوم أن ابتداء القتال في الأشهر الحرام منهي عنه، فدل استمرار الحصار في الشهر الحرام على أنه يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء[١].

٣- إقرار الشرع أنكحة الكفار بعد إسلامهم وإن لم يكن قد عقد على وجه مشروع ابتداء، ما لم يكن سبب التحريم فيها قائمًا بعد الإسلام بحيث لو ابتدأ النكاح في الإسلام على ذلك الوجه لم يصح، فيجوز النكاح في الاستمرار ما لم يجز في الابتداء[٢] فالنبي ﷺ أقر من أسلم على أنكحتهم التي عقدوها في الجاهلية، ولم يستفصل منهم هل عقدوها في عدة أو في غير عدة؟ بولي أو بغير ولي؟ بشهود أو بغير شهود؟ ولم يأمر أحدًا بتجديد نكاح ولا بفراق امرأته إلا أن يكون السبب المحرم موجودًا وقائمًا حين الإسلام[٣].

٤- عن أبي العالية الرياحي أن رجلاً أعمى تردى في بئر والنبي ﷺ يصلي بأصحابه فضحك بعض من كان يصلي مع النبي ﷺ، فأمر النبي ﷺ «من ضحك منكم فليعد الصلاة»[٤].

---

(١) انظر: تفسير ابن كثير ٤/١٥٠، زاد المعاد لابن القيم: ٣/٣٤١.

(٢) القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير لعبد الرحمن بن صالح العبد اللطيف ٢/٦١٥.

(٣) انظر: البحر المحيط في أصول الفقه للزركشي ٣/٧٤، الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٤/٩٠.

(٤) رواه الدارقطني ١/٢٩٨ (٦٠٣)، عن أنس بن مالك وأبي العالية الرياحي. ورواه الدارقطني ١/٣٠٠ (٦٠٥)، (٦٠٦)، ٣٠٧ - ٣١٣ (٦٢٤ - ٦٤٢)، وعبد الرزاق في مصنفه ٢/٣٧٦ (٣٧٦٠ - ٣٧٦٣)، والبيهقي في السنن الكبرى ١/٢٢٦ (٦٧٩)، كلهم عن أبي العالية الرياحي مرسلاً.

ووجه الدلالة: أن النبي ﷺ أمر من ضحك بإعادة الصلاة، وهذا بناء على أن الدوام على الصلاة ليس كابتدائها؛ إذ لو كان الدوام عليها كابتدائها لما طلب منهم النبي ﷺ إعادة الصلاة، فلمّا طلب منهم النبي ﷺ إعادة الصلاة كانت صلاتهم باطلة، والدوام على الباطل باطل، فالدوام على الصلاة ليس كابتدائها(١).

٥- إجماع العلماء على بعض فروع القاعدة، ومن ذلك: إجماعهم على أنه إذا أسلم الزوج سواء أكان في دار الإسلام أم في دار الكفر وكانت له امرأة كتابية أن إسلامه لا يؤثر في زواجهما، ولا تحصل الفرقة بينهما، ويبقى زواجهما على حاله، لأن المسلم يحل له التزوج بالكتابية ابتداء، فكذا يحل له البقاء معها، لأن البقاء معها أسهل من الابتداء بالزواج منها(٢).

ويستدل للقول بأن الدوام كالابتداء بما يلي:

١- عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله ﷺ صلى فخلع نعليه فخلع الناس نعالهم فلما انصرف قال: «لم خلعتم نعالكم؟» فقالوا: يا رسول الله رأيناك خلعت فخلعنا. قال: «إن جبريل أتاني فأخبرني أن بهما خبثًا فإذا جاء أحدكم المسجد فليقلب نعله فلينظر فيها فإن رأى بها خبثًا فليمسه بالأرض ثم ليصل فيهما»(٣).

ووجه الدلالة: أن الصلاة بالنجاسة ممنوعة ابتداء، فلما علم النبي ﷺ

---

(١) القواعد الفقهية المستنبطة من المدونة لأحسن زقور ٣٨٨/١.

(٢) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٣٣٦/٢، وبداية المجتهد لابن رشد الحفيد ٤٨/٢، وتحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ٣٢٨/٧، والمغني لابن قدامة ٦١٣/٦.

(٣) رواه أحمد ٢٤٢/١٧-٢٤٣ (١١١٥٣) و٣٨٩/١٨(١١٨٧٧)، وأبو داود ٤٥٣/١-٤٥٤ (٦٥٠)، والدارمي ٢٦٠/١ (١٣٨٥) عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه.

أثناء صلاته أن نعله أصابتها نجاسة خلعها ولم يداوم على لبسها، فدل على أن الدوام في هذا كالابتداء.

٢- الاستدلال بالقياس، فالاستمرار والتمادي على فعل الشيء كفعله ابتداء من باب قياسه عليه لاشتراكهما في إيجاد الفعل[١].

تطبيقات القاعدة:

أولاً- تطبيقات هي أحكام جزئية:

١- من وجد الماء بعد التيمم، فعلى أن الدوام كالابتداء يبطل تيممه، وعلى أنه ليس كالابتداء لا يبطل[٢].

٢- من أصابته النجاسة في أثناء الصلاة هل له البناء أو لا؟ فعلى أن الدوام كالابتداء لا يبني، وعلى أن الدوام ليس كالابتداء: يبني[٣].

٣- إذا أخذ الغريم الزكاة ثم استغنى قبل أداء دينه، فعلى أن الدوام كالابتداء: تنزع منه، وعلى أن الدوام ليس كالابتداء: لا تنزع[٤].

٤- من حلف لا يفعل شيئًا وهو متلبس به فداوم عليه، فعلى أن الدوام كالابتداء يحنث، وعلى أن الدوام ليس كالابتداء لا يحنث[٥].

٥- إذا تلف المغصوب أو هلك في يد الغاصب، فهل يضمن قيمته يوم الغصب أم يوم التلف أم يضمن بأعلى القيم؟ فعلى أن الدوام كالابتداء يعتبر الغاصب كالمبتدئ للغصب فيضمن بأرفع القيم. وعلى

---

(١) انظر: نظرية التقعيد للروكي ص١٣٧، ١٣٨.

(٢) انظر: الإسعاف بالطلب للتواتي ص٧١.

(٣) انظر: شرح المنهج المنتخب للمنجور ص٧٤، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية للغرياني ص٥٤.

(٤) انظر: مواهب الجليل للحطاب ٣٥٢/٢، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤٩٨/١، المجموع للنووي ٢٠٩/٦، المغني لابن قدامة ٤٤٠/١.

(٥) انظر: إيضاح المسالك للونشريسي ص٧٠، جامع الأمهات لابن الحاجب ص٢٣٥، ٢٣٦.

أن الدوام ليس كالابتداء فالضمان بقيمته يوم الغصب. وهو المشهور عند المالكية[(١)].

٦- من أسلم ولم تسلم زوجته غير الكتابية، فعلى أن الدوام على الشيء كابتدائه يجب عليه فراقها لأنه لا يجوز له نكاحها ابتداء. وعلى أن الدوام ليس كالابتداء يقر عليها[(٢)].

٧- لا يجوز لكافر ابتداء نكاح مسلمة، فإن أسلمت كتابية قبل الدخول بها وزوجها كافر، كتابي أو غيره، انفسخ النكاح؛ لأن دينهما اختلف، فلم يجز استمراره كابتدائه، وتعجلت الفرقة[(٣)].

٨- يغتفر بعض شروط العقود في حال استمرارها بعد وجودها ولا يغتفر ذلك في حال انعقادها، فحصول الحجر بالسفه والجنون ينافي ابتداء العقد من المحجور عليه ولا ينافي دوامه[(٤)].

٩- يمنع أهل الذمة من ابتداء إحداث كنيسة في دار الإسلام ولا يمنعون من استدامتها إذا دخل ذلك في عهدهم؛ لأن الدوام في هذا ليس كالابتداء[(٥)].

١٠- أجمع العلماء على أن الإمامة لا تنعقد لكافر، وعلى أنه لو طرأ عليه الكفر انعزل[(٦)]، فدوام الكفر كابتدائه في عدم الجواز. وكذلك لا تنعقد الإمامة لفاسق ابتداء، أما لو طرأ عليه الفسق فلا ينعزل لصعوبة الرفع، ودوام الفسق في هذا ليس كالابتداء[(٧)].

---

(١) انظر: الموافقات للشاطبي ٤٢٩/٣، الإسعاف بالطلب للتواتي ص٧١.

(٢) انظر: الإسعاف بالطلب للتواتي ص٧١.

(٣) قال ابن المنذر في ذلك: أجمع على هذا كل من يحفظ عنه من أهل العلم. انظر: المبدع شرح المقنع لابن مفلح ١٠٨/٧. مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى للرحيباني ١٦٠/٥.

(٤) انظر: إعلام الموقعين لابن القيم ٣٥٧/٢، المدخل الفقهي العام للزرقا ١٠١٦/٢.

(٥) انظر: مجموع الفتاوى لابن تيمية ٣١٣/٢١، إعلام الموقعين لابن القيم ٣٤٢/٢.

(٦) انظر: شرح صحيح مسلم للنووي ٣١٤/٦. وقد نقل الإجماع على ذلك القاضي عياض.

(٧) انظر: الأشباه للسيوطي ص ١٣٨.

ثانيًا: تطبيقات هي قواعد متفرعة:

التطبيق الأول من القواعد:

٣٥٤- نص القاعدة: «يُغْتَفَرُ فِي الدَّوَامِ مَا لاَ يُغْتَفَرُ فِي الإِبْتِدَاءِ»[١].

ومن صيغها[٢]:

١- قد يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء[٣].

٢- يغتفر في البقاء ما لا يغتفر في الابتداء[٤].

٣- قد يغتفر في الاستمرار ما لا يغتفر في الابتداء[٥].

---

(١) المنثور للزركشي ٢٦/٣، ٣٧٤، الأشباه والنظائر للسيوطي ص٨٣، ١٨٦، ٣٥٦، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٨٤، البحر المحيط للزركشي ١٨/١، الإبهاج في شرح المنهاج للسبكي وولده ١٥٣/٣، فتح الباري لابن حجر ٣٣١/١٠، طرح التثريب للعراقي ٨٢/٣، تفسير القرآن العظيم لابن كثير ١٥٠/٤، مغني المحتاج للشربيني ١٤٥/١، ٢٥٠، ٣٤٤، ٦٦/٢، ١٥٠، ١٨٦/٣، ١٣٠/٤.

(٢) وللقاعدة صيغ أخرى كثيرة غير ما ذكر، ما يدل على شهرتها عند الفقهاء وإعمالهم لها. فمن ذلك غير ما ذكر:

يغتفر في الأثناء ما لا يغتفر في الابتداء. (الحاوي للفتاوي للسيوطي ٣٠٧/١).

الدوام يغتفر فيه ما لا يغتفر في الابتداء. (شرح الزركشي على مختصر الخرقي ٢٤٥/٢، ٥٥٦).

يغتفر دواما ما لا يغتفر ابتداء. (نهاية المحتاج للرملي ٥٨/٨).

يُتسامح في البقاء ما لم يتسامح في الابتداء. (البحر الرائق لابن نجيم ١٧٦/٣، ٣٥٨، ٤١/٨، حاشية ابن عابدين ٣٤٩/٣).

يثبت في الاستدامة ما لا يثبت في الابتداء. (الكافي في فقه ابن حنبل لابن قدامة ٢٩٠/٢).

يغتفر في البقاء والاستمرار ما لا يغتفر في الابتداء. (تفسير المنار لرشيد رضا ٣٧٦/١).

قد يغتفر في البقاء ما لا يغتفر في الابتداء. (شرح الجامع الصحيح للسالمي ٣٢٣/١).

يجوز في الاستدامة ما لا يجوز في الابتداء. (الحدائق الناضرة للبحراني ٥٢/٢٤. مؤسسة النشر الإسلامي – إيران).

(٣) الأشباه والنظائر لابن السبكي ٣١٣/١.

(٤) مجلة الأحكام العدلية: المادة ٥٥، حاشية ابن عابدين ٥٧٥/١، ٢١٧/٢.

(٥) فتح الباري لابن رجب الحنبلي ٢٤٤/٣، ١٥٨/٤، ١٣/٥.

٤- يغتفر في الاستدامة ما لا يغتفر في الابتداء[١].

٥- الاستدامة يغتفر فيها ما لا يغتفر في الابتداء[٢].

٦- يحتمل في الدوام ما لا يحتمل في الابتداء[٣].

٧- يحتمل في الاستدامة ما لا يحتمل في الابتداء[٤].

شرح القاعدة:

معنى «يغتفر»: أي يُتسامح ويُتساهل. وفي الدوام. أي في خلال الفعل وأثنائه. ومعنى «ما لا يغتفر في الابتداء». أي في إنشاء الفعل. ومعناها: أن الشيء أحيانًا لا يجوز ابتداؤه لكن يجوز استمراره، فاستمراره لا يُعطى حكمًا؛ لأنه مغفور، لكن لو ابتدأه فإنه يعطى حينئذٍ حكمًا، فبقاؤه لا حكم له، وابتداؤه له حكم.

ومعنى القاعدة: أن ما يمتنع على المكلف فعله إما مطلقًا أو مقيدًا بحال معينة قد يتسامح الشرع فيه في حال كونه امتدادًا واستمرارًا لوجوده السابق على وجه صحيح ما لا يتسامح في إيقاعه ابتداء. وسبب هذا التسامح من الشارع كون رفع الشيء بعد وقوعه أكثر مشقة وعسرًا من دفعه ومنعه ابتداءً وقبل وقوعه[٥].

وقد عد الأتاسي في شرحه قواعد المجلة هذه القاعدة متفرعة عن قاعدة «البقاء أسهل من الابتداء» وكذلك فعل الشيخ أحمد الزرقا -رحمه الله- ففي

---

(١) فتح الباري لابن رجب ٢٤٤/٣، ١٥٨/٤، ١٣/٥، جامع المقاصد في شرح القواعد للكركي ٣٩٤/٣. تحقيق ونشر: مؤسسة آل البيت لإحياء التراث - الطبعة الأولى ربيع الأول ١٤٠٨هـ.

(٢) فتح الباري لابن رجب الحنبلي ٥٢٦/٥.

(٣) أشباه ابن الوكيل٢٩٦/٢، تقويم النظر في مسائل خلافية ذائعة ونبذ مذهبية نافعة لابن الدهان ٢٩/٥.

(٤) فتح العزيز بشرح الوجيز للرافعي ١٥٣/١٠، خبايا الزوايا للزركشي ٢٥٨/١.

(٥) انظر: القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير لعبد الرحمن بن صالح العبد اللطيف ٦١٢/٢، ٦١٣.

شرحه قاعدة «البقاء أسهل من الابتداء» قال: «هذه القاعدة هي أصل المادة السابقة - أي قاعدة يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء- وجميع ما قيل في تلك وما تفرع عليها يمكن أن يجري في هذه فكان ينبغي تقديمها عليها ليكون ذكر تلك بعدها في قوة التفريع عليها إلا أن يدعى أنها أخرت عنها لتكون بمثابة التعليل لها وهو حسن»(١) وعدها الإمام تاج الدين السبكي -رحمه الله- تفريعًا على قاعدة «الدفع أسهل من الرفع» فقال: «ومن فروعها: المسائل التي يغتفر فيها في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء، فإنا ندفعه ابتداء، ولا نرفعه دوامًا لصعوبة الرفع»(٢) وقد ذكر أنها خارجة عن القواعد مع أن مسائلها كثيرة؛ لذلك عبر عنها بلفظ «قد يغتفر في الدوام...»(٣) وهو ما وافقه عليه الشيخ الزرقا، فقال: «إنما أتينا بلفظ قد في تفسير لفظة يغتفر إشارة إلى أن هذه القاعدة ليست مطردة عامة بل قد تتخلف كما في الرهن فإنه يفسده الشيوع الطارئ كالمقارن فلم يغتفروا فيه في البقاء كما اغتفروا في الهبة والإجارة»(٤) والقاعدة معمول بها في المذاهب من حيث الجملة، والخلاف جار فيما يندرج تحتها من الفروع وما لا يندرج(٥).

وبإعمال هذه القاعدة: يمكن أن يغتفر اختلال بعض شرائط العقود في حال استمرارها بعد وجودها، ولا يغتفر ذلك في حال انعقادها. فعقد الإجارة مثلاً يشترط لصحته أن يكون المأجور متميزًا لا حصة شائعة، وكذلك الهبة فيما يحتمل القسمة، ولكن فقهاء الحنفية اغتفروا الشيوع الطارئ فيهما دون المقارن؛ لأن الطارئ يكون في حالة بقاء العقد دون ابتدائه(٦).

---

(١) شرح القواعد الفقهية للزرقا ١/٢٩٦. وانظر: شرح مجلة الأحكام العدلية للأتاسي ١/١٣٧، موسوعة القواعد والضوابط الفقهية للندوي ٢/٤٩٥.
(٢) الأشباه والنظائر للسبكي ١/١٢٧.
(٣) انظر: السابق.
(٤) شرح القواعد الفقهية للزرقا ١/٢٩٥.
(٥) القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير لعبد الرحمن بن صالح العبد اللطيف ٢/٦١٦.
(٦) انظر: المدخل الفقهي العام للزرقا ٢/١٠٢٢ فقرة ٦٥/٨١.

ومما يدخل في هذه القاعدة: أنكحة الكفار إذا أسلم أحد الزوجين الكتابيين. فإذا كان سبب إبطال عقد الزواج راجعًا إلى أمر لا يتعلق بصلب العقد، كما لو عقد الزواج في زمن الكفر بلا ولي أو بلا شاهدين أو في فترة العدّة، ثم أسلم الزوج وأسلمت الزوجة بعده أو ظلّت على دينها، فيجوز استمرار عقد النكاح. أما إذا كان سبب البطلان يعود إلى صلب العقد، كأن تكون المرأة لا يجوز لها الزواج من هذا الرجل بعينه، كما لو كانت محرمة عليه بسبب القرابة أو الرضاعة أو الزيادة عن أربع زوجات أو الجمع بين زوجتين لا يجوز الجمع بينهما، فلا تصح هذه العقود ويبطل النكاح إذا أسلم أحد الزوجين.

وهذه القاعدة مستوحاة من استقراء النصوص الفقهية، وهي من القواعد التي تبرز التيسير في الشريعة، ووجه التيسير فيها أن الشارع يتسامح في رفع الأمر الثابت المستمر مما هو ممنوع ابتداء؛ لكون المشقة في رفع الموجود الثابت أشد منها في دفع الأمر الذي لم يوجد بعد[1].

ومن تطبيقاتها:

١- إذا ابتدأ المصلي صلاة التطوع المطلق في غير وقت النهي ثم أطاله حتى دخل عليه وقت النهي فلا بأس به؛ لأنه من باب البقاء، لكن لو دخل عليه وقت النهي ثم ابتدأ فيه نافلة مطلقة فإنه حينئذٍ لا تصح؛ لأنه من باب الابتداء، ويغتفر في البقاء ما لا يغتفر في الابتداء[2].

---

(١) وهذا ليس على عمومه، إذ قد يتسامح الشرع في الابتداء أكثر من الدوام إذا كانت مصلحة المكلفين فيه أرجح. انظر: القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير لعبد الرحمن بن صالح العبد اللطيف ٦١٦/٢.

(٢) انظر: فتح الباري لابن رجب ٢٤٤/٣. وانظر: شرح الجامع الصحيح للسالمي ٣٢٣/١.

٢- إذا تطيب قبل عقد نية الإحرام وبقي أثر الطيب عليه فلا حرج، لكن لو ابتدأ الطيب بعد عقد الإحرام فعليه فدية؛ لأن ابتداء الطيب حال الإحرام لا يغتفر، فاغتفر بقاؤه ولم يغتفر ابتداؤه؛ لأنه يغتفر في البقاء ما لا يغتفر في الابتداء[١].

٣- لا يجوز للمحرم أن يَنْكِحَ ولا يُنْكَحَ، لكن لو طلق الشخص زوجته ثم أحرم فبدا له أن يراجعها حال إحرامه فيجوز له ذلك لأن الرجعة ليست ابتداء عقد جديد ولكن هي استمرار لعقد النكاح الأول، فهي من باب البقاء لا من باب الابتداء، فيجوز للمحرم مراجعة زوجته؛ لأن الرجعة من باب البقاء ولا يجوز له أن ينشئ عقد نكاح جديد؛ لأنه من باب الابتداء، ويغتفر في البقاء ما لا يغتفر في الابتداء[٢].

٤- للزوج منع زوجته من ابتداء حج النفل أو النذر، فإذا شرعت فيه بدون إذنه، فلا يجوز له تحليلها، لأن استدامة الإحرام أقوى من ابتدائه، ويغتفر في البقاء ما لا يغتفر في الابتداء[٣].

٥- لا يجوز للمرأة إسقاط المهر عن الزوج عند ابتداء العقد، ولو فعلت لا يسقط ولها مهر المثل. لكن لو تم العقد بالمهر ثم بعد مدة أسقطته المرأة وعفت عنه، فهذا جائز لتمام العقد حينئذٍ، فابتداء إسقاط المهر مع العقد لا يجوز وإسقاطه بعد تمام العقد يجوز؛ لأنه يغتفر في البقاء ما لا يغتفر في الابتداء[٤].

---

(١) انظر: المنثور في القواعد للزركشي ١/١٦٠، ٣/١٦٣، أشباه السيوطي ص ١٤١، المغني لابن قدامة ٣/١٢١.

(٢) المنثور في القواعد للزركشي ٣/٣٧٤.

(٣) انظر: القواعد لابن رجب ص ٣٠١. وهذا القول رواية عند الحنابلة.

(٤) شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٢٩٤.

٦- إذا وقع الطاعون أو أي وباء عام معد بأرض فلا يخرج منها من فيها هربًا منه؛ لأن قعودهم فيها مع ظنهم الهلاك لا يؤثر؛ لأنه من باب البقاء. أما من كان خارجًا عنها فإنه لا يجوز له ابتداء دخولها؛ لأن الإنسان يحرم عليه أن يلقي بنفسه في التهلكة، وهو مأمور بالمحافظة على نفسه، فالبقاء فيها مغتفر وابتداء دخولها محرم؛ لأنه يغتفر في البقاء ما لا يغتفر في الابتداء[1].

٧- البيع بالحصة ابتداء لا يصح، فلو كان لمجموعة أشياء ثمن مجمل، فاشترى شخص أحدها بحصته من ثمنها لم يصح؛ لجهالة ثمنه عند العقد، لكن لو اشتراها كلها ثم استحق من يده بعضها بعد تمام العقد، فله أن يرجع على البائع بثمن ما استحق، ويبقى البيع في الباقي بحصته من الثمن؛ لأنه يتسامح في البقاء ما لا يتسامح في الابتداء[2].

٨- في عقد البيع: لا يجوز في ابتداء العقد البيع بثمن مؤجل إلى أجل مجهول جهالة يسيرة كالحصاد والدياس، أما لو عقد خاليًا عن الأجل ثم أجله بعد العقد إلى الحصاد أو الدياس يصح؛ لأنه يغتفر في البقاء ما لا يغتفر في الابتداء[3].

---

(١) انظر: الفتاوى الفقهية الكبرى لابن حجر الهيتمي ٤/ ١١.

(٢) انظر: المدخل الفقهي العام للزرقا ٢/ ١٠٢٢، شرح القواعد الفقهية للزرقا ص٢٩٤.

(٣) شرح القواعد الفقهية للزرقا ص٢٩٤.

التطبيق الثاني من القواعد:

٣٥٥- نص القاعدة: «يُغْتَفَرُ فِي الابْتِدَاءِ مَا لا يُغْتَفَرُ فِي الدَّوَامِ»[١].

ومن صيغها:

١- يغتفر في الابتداء ما لا يغتفر في البقاء[٢].

٢- قد يغتفر في الابتداء ما لا يغتفر في الدوام[٣].

٣- قد يحتمل في الابتداء ما لا يحتمل في الدوام[٤].

٤- يتسامح في الابتداء ما لم يتسامح في البقاء[٥].

٥- قد يعتبر في الابتداء ما لا يعتبر في الاستدامة[٦].

شرح القاعدة:

هذه القاعدة عكس قاعدة «يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء» وقد أوردها كثير من الفقهاء بعد إيرادهم عكسها إما على سبيل الإتباع لها، وإما على سبيل ذكر المستثنيات منها.

ومعنى القاعدة: أنه قد يتسامح ويتساهل في ابتداء الأمر وعند إنشائه، ما لا يتسامح في بقائه ودوامه وخلاله، فيجيز الشارع بعض الأمور إذا فعلت ابتداء، لكنه لا يجيز الاستمرار عليها لو طرأت أثناء الفعل، أو يجيزها ابتداء لغرض معين ولا يجيز الاستمرار عليها.

---

(١) المنثور في القواعد للزركشي ٣/٣٧٢، الأشباه والنظائر للسيوطي ص١٨٦.

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص١٢٢.

(٣) الإبهاج في شرح المنهاج للسبكي وولده عبد الوهاب ٣/١٥٣.

(٤) أشباه ابن الوكيل ق٢ ص ٤٠٦.

(٥) رد المحتار: حاشية ابن عابدين ٣/٣٤٩.

(٦) القواعد الفقهية في المغني للإدريسي ص٣٧٣.

فعند بعض الفقهاء: يصح تقليد الفاسق القضاء ابتداء أما لو كان عدلاً ابتداء ثم فسق فإنه ينعزل عند بعض العلماء بذلك؛ لأن حالة النائب أو المأذون معلومة ابتداء فإذا ولاه القضاء وهو فاسق صح ذلك عند القائلين به لأنه ولاه مع علمه بفسقه، أما إذا ولاه وهو عدل فكأنه شَرَط ضمنًا في توليته القضاء أن يكون عادلاً فإذا تغير حاله بما يقتضي تغيير الحكم وزواله لم يبق ذلك الحكم[1].

وهذه القاعدة من القواعد التي تظهر التيسير في الشريعة، ووجه التيسير فيها: أن الأصل أن يكون حكم الشيء في ابتدائه ودوامه واحدًا، فاستثنى الشارع من ذلك ما تكون مصلحة المكلفين فيه مقتضية لجعل حكم الابتداء متسامحًا فيه بما لا يجوز دوامه والاستمرار عليه[2].

ومن تطبيقاتها:

١- الصائم إذا جامع وطلع عليه الفجر وهو مجامع يحرم عليه استدامة الجماع؛ فإن نزع في الحال صح صومه، ولو وقع مثل ذلك في أثناء الصوم أبطله؛ لأنه يغتفر في الابتداء ما لا يغتفر في البقاء[3].

٢- عند الشافعية: الجنون لا يمنع ابتداء الأجل، فيجوز لولي المجنون أن يشتري له شيئًا بثمن مؤجل، ويمنع الجنون دوامه؛ فيحل عليه الدين المؤجل إذا جُن؛ لأنه يغتفر في الابتداء ما لا يغتفر في الدوام[4].

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ص١٢٢، الهداية للمرغيناني ٣/١١٢، ٤/٣٢٩، المغني لابن قدامة ٧/١٩٤.

(٢) انظر: الفوائد الجنية حاشية المواهب السنية للفاداني ٢/٤١٣-٤١٤. الناشر دار البشائر الإسلامية، بيروت، الطبعة الأولى ١٤١١هـ، القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير لعبد الرحمن بن صالح العبد اللطيف ٢/٦٠٩ -٦١٠.

(٣) انظر: أشباه ابن السبكي ١/٣١٨، أشباه السيوطي ص١٨٦، إيضاح القواعد الفقهية للحجي ص١١٦.

(٤) انظر: الإبهاج في شرح المنهاج للسبكي ٣/١٥٤، الأشباه والنظائر للسيوطي ص١٨٧، إيضاح القواعد الفقهية للحجي ص١١٦. وهذا القول صححه النووي في روضة الطالبين، لكن المعتمد خلافه.

٣- وعندهم: تجوز الوصية بملك الغير، فإذا ملكه الوصي بعد ذلك أخذه الموصى له ولو أوصى بما يملكه ثم أزال الملك فيه، بطلت الوصية، لأنه يغتفر في الابتداء ما لم يغتفر في الدوام[1].

٤- المفلس يصح أن يستدين مؤجلاً ولو حجر عليه بالفلس حل ما عليه من الدين على قول؛ لأنه يغتفر في الابتداء ما لا يغتفر في الانتهاء[2].

٥- إذا اضطر إلى أخذ مال الغير فأخذه ثم أيسر وجب عليه رده وحرم عليه استدامته؛ لأنه يغتفر في الابتداء ما لا يغتفر في الاستدامة[3].

٦- المضطر إذا أخذ الميتة ليأكلها فبدأ في الأكل ثم وجد الحلال حرم عليه إدامة يده عليها؛ لأنه يتسامح في الابتداء ما لا يتسامح في الانتهاء[4].

التطبيق الثالث من القواعد :

٣٥٦- نص القاعدة : اسْتِدَامَةُ الشَّيْءِ تُعْتَبَرُ بِأَصْلِهِ[5].

ومن صيغها :

١- استدامة الشيء معتبر بأصله[6].

٢- استدامة الشيء معتبرة بأصله[7].

٣- المستدام تابع لأصله الثابت[8].

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص١٨٦.
(٢) الإبهاج في شرح المنهاج للسبكي ٣/ ١٥٤.
(٣) انظر: المنثور للزركشي ٣/ ٣٧٥.
(٤) المرجع السابق.
(٥) ترتيب اللآلي لناظر زاده ١/ ٣٠٥.
(٦) المبسوط للسرخسي ١٢/ ٨٢.
(٧) درر الحكام شرح غرر الأحكام للملا خسرو ٢/ ٢٢٣.
(٨) إعلام الموقعين لابن القيم ٢/ ٣٤٣.

شرح القاعدة :

معنى القاعدة : إذا كان الشيء مبنيًا على غيره أو فرعًا عنه فإن حكمه من جهة الثبوت والاستدامة وعدمهما حكم ذلك الأصل، فإن كان ثابتًا في الأصل فإنه يبقى ثابتًا وإلا فلا، وإن كان أصله مباحًا فهو مباح، وإن كان أصله حرامًا فهو حرام، أو مندوبًا فهو مندوب، أو واجبًا فهو واجب[١].

قال الزركشي في المنثور: «استدامة بقية الفعل إن كان سببه مباحًا أو مندوبًا بقي على حكم أصله. وإن كان سببه غير مأذون فيه شرعًا اعتبر حكمه بنفسه. ومن ثم لو تطيب قبل إحرامه ثم استدامه لا فدية»[٢].

ومن تطبيقاتها :

١- في يوم الشك: لو أفطر ثم قامت بينة برؤية الهلال لم يجز له استدامة الفطر، ويلزمه القضاء مراعاة لحرمة رمضان؛ لأن إباحة الفطر كانت قبل العلم برؤية الهلال[٣] واستدامة الشيء معتبرة بأصله.

٢- إذا أفطر المسافر في أول النهار ثم قدم جاز له الأكل؛ لأن ابتداء الأكل كان مباحًا[٤]، واستدامة الفعل معتبرة بأصله.

٣- يصح ضمان دين الميت وإن لم يخلف وفاء ولا تخرب ذمته بموته؛ لأنه لو خربت ذمته لبطل الضمان بموته؛ فإن الضامن فرع عن الميت، وقد خربت ذمة الأصل، فلما استديم الضمان، ولم يبطل بالموت عُلم أن الضمان لا ينافي الموت؛ فإنه لو نفاه ابتداء لنفاه

---

(١) انظر: حاشية ترتيب اللآلي لناظر زاده ١/٣٠٥.
(٢) المنثور للزركشي ١/١٦٠.
(٣) انظر: المنثور للزركشي ١/١٦٠، معارج الآمال للسالمي ٨/١٣٧.
(٤) انظر: المنثور للزركشي ١/١٦٠.

استدامة، والمستدام تابع لأصله الثابت[١].

٤- لو منع الموهوب له الموهوب عن الواهب بعد الرجوع وقبل القضاء أو التسليم فهلك الموهوب في يد الموهوب له لا يضمن لقيام ملكه فيه. وإذا هلك في يده بعد القضاء وقبل الطلب والمنع لا يضمن كذلك؛ لأن أصل قبضه لم يكن موجبًا ضمان المقبوض عليه واستدامة الشيء معتبرة بأصله. فإذا منعه بعد القضاء ضمنه بهلاكه؛ لأن الموهوب يكون حينئذ أمانة عند الموهوب له والمنع بعد الطلب يوجب الضمان في الأمانة[٢].

فتحي السروية

* * *

(١) انظر: إعلام الموقعين لابن القيم ٢/٤٢١.

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي ١٢/٧٣، ترتيب اللآلي لناظر زاده ١/٣٠٦.



رقم القاعدة: ٣٥٧

نص القاعدة: مَا يَمْتَدُّ فَلِدَوَامِهِ حُكْمُ الِابْتِدَاءِ وَإِلَّا فَلَا[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- ما لا يمتد من الأفعال لا يعطى لدوامه حكم الابتداء، وما يمتد من الأفعال يعطى لدوامه حكم الابتداء[٢].

٢- يعطى للدوام حكم الابتداء فيما يمتد[٣].

٣- كل فعل يقبل الامتداد يعطى لبقائه حكم الابتداء[٤].

٤- الفعل الممتد لدوامه حكم الابتداء[٥].

٥- للمداومة فيما له امتداد حكم الابتداء[٦].

٦- ما يكون مستدامًا كان لدوامه حكم الإنشاء[٧].

٧- الاستدامة على ما يستدام كالإنشاء[٨].

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص١٨٢، غمز عيون البصائر للحموي ١٣٢/٢، قواعد الفقه للمجددي ص١١٧، الدر المختار للحصكفي ٥٥/٤ حاشية ابن عابدين ٥٥/٤.

(٢) المحيط البرهاني لابن مازة ٧٩/٥.

(٣) البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم ٣٢٩/٤.

(٤) البناية شرح الهداية للعيني ٥٥٣/٤.

(٥) الفتاوى البزازية للإمام حافظ الدين محمد بن محمد بن شهاب المعروف بابن البزاز ١٢/٢، حاشية ابن عابدين ٨٢/٣.

(٦) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي مع حاشية الشلبي ١٥٣/١.

(٧) المحيط البرهاني لابن مازة ٣٤٦/٧.

(٨) المبسوط للسرخسي ١٧٣/١، ١١١/٦، ١٣٥/٨، ١٦٠/١٩.

قواعد ذات علاقة :

١- «الدوام على الشيء هل هو كابتدائه أم لا؟»[١]. (أصل للقاعدة).

٢- التعليق بشرط واقعٍ غير ممتد يصرف إلى المستقبل[٢]. (متفرعة).

٣- الأصل في كل تصرف غير لازم أن يكون لبقائه حكم الابتداء[٣]. (مكملة).

شرح القاعدة :

المراد بالفعل الممتد : ما يصح استمراره، ويمكن أن يوقت انتهاؤه بوقت، ولذا يصح قران المدة به كاليوم والشهر، كالقعود والقيام[٤].

ومعنى القاعدة : أن الاستمرار والبقاء على الفعل الذي يستمر ويدوم، يعتبر كالابتداء به وإنشائه فيأخذ بالدوام عليه حكم ابتدائه في لزوم أحكامه ووقوعها[٥].

فالأفعال على ضربين : ضرب يقبل الامتداد، وضرب لا يقبله. والفارق بين الممتد وغير الممتد من الأفعال صحة قرار المدة وعدم صحته، أو بعبارة أخرى: قبول التأقيت وعدمه، فما قبل التأقيت قبل الامتداد وما لا فلا. فكل فعل يصح قرار المدة به فهو مما يمتد، كالسكنى والركوب واللبس والنظر

---

(١) إيضاح المسالك للونشريسي ص٦٨ قاعدة ١٣، المعيار المعرب له ٩/١٩١، وانظر: القواعد للمقري ١/١٧٩، شرح اليواقيت الثمينة للسجلماسي ١/٢١١، الإسعاف بالطلب للتواتي ص٥٧، إعداد المهج للشيخ أحمد بن المختار الشنقيطي ص٦٣، الذخيرة للقرافي ٤/٥٣. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٢) الفرائد للحمزاوي ص٢٢ عن تعليق الخانية ١/٤٧٢ على هامش الفتاوى الهندية.

(٣) بدائع الصنائع للكاساني ٣/٢٢٣. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٤) انظر: حاشية ابن عابدين ٤/٥٥.

(٥) انظر: موسوعة القواعد الفقهية للبورنو ٢/١٣٥، ٩/٤٠٦.

والقيام والعقود، فإنه يصح أن يقال: سكن في الدار يوما، وقعد في مكان كذا يومًا، وقام يومًا. وكل فعل لا يصح قرار المدة به فهو مما لا يمتد، كالدخول والخروج. فلا يقال: خرج من الدار يومًا، ودخل في الدار يومًا، بمعنى التوقيت. وكذا لا يقال لمن هو داخل الدار ادخل هذه الدار ولا تدخل[1].

وهذه القاعدة متفرعة على القاعدة الخلافية الكبيرة "الدوام على الشيء هل هو كابتدائه أم لا؟»[2]، وهي قاعدة مختلف فيها عند الفقهاء، والخلاف فيها ناشئ عن الخلاف في أصلها. وهي تظهر استواء الحكم في حالة الابتداء وحالة الدوام. وهي كما يبدو من صيغها المختارة من قواعد الحنفية، وقد عللوا بها كثيرًا من الفروع الفقهية، ولم أجد لها ذكرًا بنصها أو معناها عند سائر المذاهب، لكنهم وافقوا الحنفية على بعض الفروع التي ذكروها للقاعدة، وخالفوهم في أخرى.

فعند الحنفية: لدوام اللبس والركوب والسكنى مثلاً حكم الابتداء. فلو حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه، أو لا يركب هذه الدابة وهو راكبها، أو لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها، واستمر على ما كان حنث؛ لأن لهذه الأفعال دواما بحدوث أمثالها[3]. ولو قال لامرأته: أنت طالق إن قعدت، وهي قاعدة، أو: إن قمت، وهي قائمة، أو إن مشيت، وهي ماشية، فمكثت كذلك مدة من الزمن، يحنث، بخلاف ما لو قال: أنت طالق إن دخلت الدار، وهي في الدار فمكثت كذلك، لم تطلق حتى تخرج وتدخل؛ لأن الدخول فعل غير ممتد، فإنه انفصال من الخارج إلى الداخل. والخروج نظير الدخول لأنه انفصال من الداخل

(١) انظر: المحيط البرهاني لابن مازة ٧٩/٥، تبيين الحقائق للزيلعي مع حاشية الشلبي ١١٩/٣.
(٢) إيضاح المسالك للونشريسي ص ٦٨ قاعدة ١٣، المعيار المعرب له ١٩١/٩، وانظر: القواعد للمقري ١٧٩/١، شرح اليواقيت الثمينة للسجلماسي ٢١١/١، الإسعاف بالطلب للتواتي ص٥٧، إعداد المهج للشيخ أحمد بن المختار الشنقيطي ص٦٣، الذخيرة للقرافي ٥٣/٤.
(٣) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ١١٩/٣.

إلـى الخارج فلا يكون لاستدامته حكم إنشائه[١]. وهو قول الزيدية[٢]. والجعفرية[٣].

وهو مذهب الشافعية أيضًا. قال في المهذب: «إذا حلف لا يسكن دارًا وهو فيها فخرج في الحال بنية التحويل وترك رحله فيها لم يحنث؛ لأن اليمين على سكناه وقد ترك السكنى فلم يحنث بترك الرحل، كما لو حلف لا يسكن في بلد فخرج وترك رحله فيه، وإن تردد إلى الدار لنقل الرحل لم يحنث؛ لأن ذلك ليس بسكنى. وإن حلف لا يسكنها وهو فيها أو لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه أو لا يركب هذه الدابة وهو راكبها فاستدام حنث؛ لأن الاسم يطلق على حال الاستدامة، ولهذا تقول: سكنت الدار شهرًا ولبست الثوب شهرا وركبت الدابة شهرًا. وإن حلف لا يتزوج وهو متزوج أو لا يتطهر وهو متطهر أو لا يتطيب وهو متطيب فاستدام لم يحنث؛ لأنه لا يطلق الاسم عليه في حال الاستدامة. ولهذا تقول تزوجت من شهر وتطهرت من شهر وتطيبت من شهر ولا تقول تزوجت شهرًا وتطهرت شهرًا وتطيبت شهرًا. وإن حلف لا يدخل الدار وهو فيها فاستدام ففيه قولان قال في الأم يحنث؛ لأن استدامة الدخول كالابتداء في التحريم في ملك الغير فكذلك في الحنث في اليمين كاللبس والركوب. وقال في حرملة: لا يحنث وهو الصحيح؛ لأن الدخول لا يستعمل في الاستدامة، ولهذا تقول: دخلت الدار من شهر ولا تقول دخلتها شهرًا، فلم يحنث بالاستدامة كما لو حلف لا يتطهر أو لا يتزوج فاستدام. فإن حلف لا يسافر وهو في السفر فأخذ في العود لم يحنث لأنه أخذ في ترك السفر، وإن استدام السفر حنث لأنه مسافر»[٤].

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي ٦/١١١.

(٢) انظر: البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار للعنسي الصنعاني ١١/٣٩٠.

(٣) انظر: شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام للحلي ٤/٤٧٦.

(٤) المهذب للشيرازي ٢/١٣٢. وانظر: نهاية المحتاج للرملي ٤/٣٣١.

أما المالكية فوافقوهم - فيما يظهر - في إعطاء دوام ما يمتد حكم الابتداء، أما ما لا يمتد فهو محل خلاف بينهم، والمشهور أنه لا يكون له حكم الابتداء. قال ابن شاس -رحمه الله: «النظر إلى التمادي على الفعل، هل يكون كابتدائه في البر والحنث، وقد قالوا في من حلف على ركوب دابة أو لباس ثوب، وهو راكب ولابس: أنه ينزع وينزل، فإن تمادى كان كما لو ابتدأ. ولو حلف: لا يدخل دارًا، وهو فيها، فهل يلزمه الخروج حينئذ؟ قولان. قال ابن القاسم: لا شيء عليه إن لم يخرج. وقال أشهب في كتاب محمد: إن لم يخرج مكانه حنث. قال الشيخ أبو الطاهر: ومقتضى ما قالوه في اللباس والركوب ما قاله أشهب. قال: والفرق عند ابن القاسم حصول التسمية في اللابس والراكب بالدوام، وعدم حصول اسم الدخول بالبقاء في الدار. وأما لو قال للحائض: إذا حضت، أو للطاهر: إذا طهرت، أو للحامل: إذا حملت فأنت طالق. فقال سحنون: هو على وجود هذه في المستقبل»[(١)].

أما عند الحنابلة فالاستدامه لها حكم الابتداء.قال ابن قدامة -رحمه الله: «حكم الاستدامة حكم الابتداء، ولهذا لو حلف أن لا يدخل دارًا هو داخلها، فأقام فيها، حنث، في أحد الوجهين»[(٢)].

ومجال العمل بالقاعدة هو المعاملات سواء أكانت تقبل الامتداد والاستمرار أم لا تقبل، وكذلك بعض العبادات، كالطهارة والصلاة والأيْمان. ففي المعاملات مثلاً: الدوام على التزوج أو اللبس أو الركوب أو السكنى أو القيام أو القعود، له حكم ابتداء هذه الأفعال. ويدخل فيها طروء بعض العوارض

---

(١) عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة لابن شاس ٣٥٥/٢ - ٣٥٦، وانظر: الذخيرة للقرافي ٥٥/٤، مواهب الجليل للحطاب ٤٥١/٤، منح الجليل لمحمد عليش ٥٧/٣، التاج والإكليل للمواق ٢٩٣/٣ -٢٩٤.

(٢) المغني لابن قدامة ٤٧/١٠.

في العقود غير اللازمة كالجنون والعته إذا امتدا. أما في العبادات، ففي الصلاة مثلاً: حكم الدوام حكم الابتداء في الأفعال التي تقبل الامتداد، كالركوع إذا أطاله، وكذلك السجود وسائر أفعال الصلاة الدوام على الفعل الواحد منها حكمه حكم الابتداء حتى إذا كان الابتداء فرضًا كان ما بعده في حكمه[١].

أدلة القاعدة:

١- قوله تعالى: ﴿وَإِذَا رَأَيْتَ ٱلَّذِينَ يَخُوضُونَ فِيٓ ءَايَٰتِنَا فَأَعْرِضْ عَنْهُمْ حَتَّىٰ يَخُوضُوا۟ فِى حَدِيثٍ غَيْرِهِۦ ۚ وَإِمَّا يُنسِيَنَّكَ ٱلشَّيْطَٰنُ فَلَا تَقْعُدْ بَعْدَ ٱلذِّكْرَىٰ مَعَ ٱلْقَوْمِ ٱلظَّٰلِمِينَ﴾ [الأنعام: الآية ٦٨] فالمكث والجلوس من الأفعال الممتدة، فيحرم ابتداء الجلوس مع الخائضين في آيات الله بالباطل، وكذلك يحرم المكث معهم لأنه فعل يتجدد فيجعل كالابتداء[٢].

٢- عن علي بن أبي طالب قال: «قال لي رسول الله ﷺ: «لا تتبع النظرة النظرة فإن الأولى لك والآخرة عليك»[٣]. فمعنى «فإن الأولى لك» أي التي لم تقصدها، وإنما وقع بصرك عليها مفاجأة، وليس لك الآخرة، يعني: أن تديم النظرة أو تعيدها أو تبتدئ بها[٤]. فالنظر من الأفعال الممتدة، ولما كان ابتداؤه بقصد منهيًا عنه دل ذلك على أن لدوامه حكم الابتداء[٥].

---

(١) انظر: أحكام القرآن للجصاص ١/١٦.

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي ٦/١١١، ٨/١٣٥، تبيين الحقائق للزيلعي مع حاشية الشلبي ١/٤٧، ٣/١١٩.

(٣) رواه أحمد ٢/٤٦٤، ٤٦٦ (١٣٦٩)، (١٣٧٣)، والدارمي ٣/١٧٧٩ (٢٧٥١)، كلاهما عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه. ورواه أحمد ٣٨/٧٤ (٢٢٩٧٤)، ٣٨/٩٥ (٢٢٩٩١)، ٣٨/١٢٩ (٢٣٠٢١)، وأبو داود ٢/٢٤٦ (٢١٤٩)، والترمذي ٥/١٠١ (٢٧٧٧)، وقال: هذا حديث غريب لا نعرفه إلا من حديث شريك. كلهم عن بريدة بن الحصيب رضي الله عنه.

(٤) انظر: الآداب للبيهقي ٢/٣١٥.

(٥) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي مع حاشية الشلبي ٣/١١٩.

تطبيقات القاعدة :

١- إذا أجنب الكافر بجماع أو احتلام ثم أسلم فعليه الغسل لأن صفة الجنابة باقية بعد الإسلام فيصير كأنه أجنب بعده، وبقاء صفة الجنابة بعد إسلامه كبقاء صفة الحدث في وجوب الوضوء به[١]، والجنابة مما يستدام فكان لدوامهما حكم الابتداء؛ لأن ما يمتد من الأفعال يعطى لدوامه حكم الابتداء.

٢- إذا أحدث الإمام في ركوعه وقدم غيره من المصلين دام المقدم على الركوع لأنه يمكنه الإتمام بالاستدامة، فصار كأنه ركع ابتداء[٢]؛ لأن الركوع من الأفعال التي تقبل الامتداد، والفعل الممتد لدوامه حكم الابتداء.

٣- الصائم إذا أغمي عليه قبل الغروب لا يبطل صومه[٣]؛ لأن الإغماء فعل غير ممتد، وما لا يمتد من الأفعال لا يعطى لدوامه حكم الابتداء.

٤- لو أحرم وعليه مخيط، وتركه على نفسه يوماً أو أكثر فعليه الكفارة[٤]؛ لأن اللبس من الأفعال الممتدة، فيكون لدوامه حكم الابتداء.

٥- إذا حلف أن لا يدخل عليه البيت وهو فيه، لا يحنث إلا بدخول

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي١/٨٥، بدائع الصنائع للكاساني ١/٣٥، حاشية ابن عابدين ١/١٨١، الفتاوى الهندية ١/١٦، مواهب الجليل للحطاب ١/٤٥٣، البيان والتحصيل لابن رشد الجد ١/١٨٦، المجموع شرح المهذب للنووي ٢/١٥٢، الحاوي الكبير للماوردي ١/٩٨.

(٢) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ١/١٥٣.

(٣) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ١/٣٤٠، ٣٤١، المحلى لابن حزم ٦/٢٢٧.

(٤) انظر: المحيط البرهاني للإمام برهان الدين بن مازة ٢/٧٣٥.

مستأنف، لأن الدخول لا يمتد، وما لا يمتد من الأفعال لا يعطى لدوامه حكم الابتداء. وإذا حلف أن لا يسكن معه في البيت ولم يخرج فورًا يحنث[1]؛ لأن السكنى مما يمتد، وما يمتد من الأفعال يعطى لدوامه حكم الابتداء.

٦- إذا علق طلاق زوجته بوصف قائم بها كالحيض أو المرض، يكون ذلك على حيض أو مرض في المستقبل؛ لأن الحيض والمرض لا يمتدان، وما لا يمتد من الأفعال لا يعطى لدوامه حكم الابتداء. ولو قال لزوجته الصحيحة أو البصيرة: إن صححت أو أبصرت فأنت طالق، طلقت في الحال[2]؛ لأن الصحة والبصر مما يمتد، فلدوامهما حكم الابتداء؛ لأن للدوام حكم الابتداء فيما له دوام.

٧- عند الشافعية: إذا غصب إنسان مالاً لآخر وزاد في يده زيادة متصلة فالغاصب ضامن للمغصوب وزيادته إذا هلك المغصوب في يده، لأن سبب الضمان إثبات اليد العادية، فكأنه أنشأ الغصب بعد وجود الزيادة، فيصير كالمجدد للغصب عند الهلاك[3]، فوضع يده على المغصوب وإمساكه فعل مستدام، وما يكون مستدامًا لدوامه حكم الإنشاء.

٨- في عقد الوكالة: إذا طرأ الجنون المطبق على الموكل أو الوكيل بطلت الوكالة؛ لأن الوكالة يشترط فيها ابتداء العقل في الموكل والوكيل، فإذا كان الجنون ممتدًا انتفت صحة الوكالة لانتفاء ما تعتمد عليه وهو أهلية التصرف. أما إذا كان الجنون غير مطبق أو ممتد فلا تبطل

---

(١) انظر: الدر المختار للحصكفي ٣/٨٣، حاشية ابن عابدين ٤/٥٥، تبيين الحقائق للزيلعي ٣/١١٩، المهذب للشيرازي ٢/١٣٢، نهاية المحتاج للرملي ٤/٣٣١.

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين ٣/٢٨٩، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو ٩/٤٠٦.

(٣) انظر: المهذب للشيرازي ٢/١٩٩، روضة الطالبين للنووي ٥/٣٨٢.

الوكالة[١]؛ لأن ما يمتد فلدوامه حكم الابتداء وإلا فلا. والإغماء لا يبطل الوكالة لأنه فعل غير ممتد[٢]، وما لا يمتد من الأفعال لا يعطى لدوامه حكم الابتداء.

فتحي السروية

* * *

(١) وهـذا عنـد الحنفية والشافعية والحنابلة. انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٣٨/٦، حاشية ابن عابدين ٤١٧/٤، نهايـة المحتاج للرملي ٥٥/٥، مغني المحتاج للشربيني ٢٣١/٢، المغني لابن قدامة ١٢٤/٥، كشاف القناع للبهوتي ٤٦٨/٣، شرح منتهى الإرادات له ٣٠٥/٢. وعند المالكية قال الدسوقي: "لا ينعزل الوكيل بجنونه أو جنون موكله، إلا أن يطول جنون الموكل جدًا، فينظر له الحاكم". (حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣٩٦/٣). وجاء في منح الجليل: "قال ابن عرفة نقلا عن المازري: جنون الوكيل لا يوجب عزله إن برأ، فكذا جنون الموكل وإن لم يبرأ. (منح الجليل لمحمد عليش ٣٩٢/٣).

(٢) وهذا عند الحنفية والحنابلة والشافعية في الأصح. انظر: تكملة حاشية ابن عابدين ٢٧٧/١، الإنصاف للمرداوي ٣٦٩/٥، مغني المحتاج للشربيني ٢٣٢/٢.



رقم القاعدة: ٣٥٨

نص القاعدة: الْأَصْلُ فِي كُلِّ تَصَرُّفٍ غَيْرِ لَازِمٍ أَنْ يَكُونَ لِبَقَائِهِ حُكْمُ الِابْتِدَاءِ[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- ما لا يكون لازمًا من التصرف يُعطى لدوامه حكم الابتداء[٢].

٢- كل تصرف غير لازم لدوامه حكم ابتدائه[٣].

٣- التصرف إذا لم يكن لازمًا كان لدوامه حكم ابتدائه[٤].

٤- لدوام التصرفات غير اللازمة حكم الابتداء[٥].

٥- ما لا يكون لازمًا فلدوامه حكم الابتداء[٦].

٦- العقود التي لا تلزم لبقائها حكم الابتداء[٧].

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني ٣/٢٢٣.

(٢) الهداية شرح البداية للمرغيناني ٤/٧، تبيين الحقائق مع حاشية الشلبي ٥/٢١١، اللباب في شرح الكتاب للميداني ١/٢٤٥. وفي لفظ "ما لا يكون لازمًا من التصرفات يكون لدوامه حكم الابتداء" ترتيب اللآلي لناظر زاده ١/٦١.

(٣) العناية شرح الهداية للبابرتي ٥/٦٠.

(٤) العناية شرح الهداية ٤/٣٣.

(٥) تكملة شرح فتح القدير ٥/٤٦.

(٦) العناية شرح الهداية ٣/٨٠.

(٧) تبيين الحقائق للزيلعي مع حاشية الشلبي ٤/٢٨٩.

قواعد ذات علاقة :

١- استدامة الشيء تعتبر بأصله[١]. (أصل للقاعدة).

٢- البقاء على وفق الثبوت[٢]. (أعم).

٣- الأصل أن ما يقع لازمًا لا يكون لبقائه حكم الابتداء[٣]. (قسيمة للقاعدة).

٤- كل فعل يقبل الامتداد يُعطي لبقائه حكم الابتداء[٤]. (مكملة للقاعدة).

٥- بقاء الوكالة معتبر بابتدائها[٥]. (متفرعة).

٦- لبقاء الوصية حكم الابتداء[٦]. (متفرعة).

شرح القاعدة :

من معاني اللزوم في اللغة: ثبوت الشيء والدوام عليه[٧].

واللزوم: ما يتوقف وجوده على الرضا من الجانبين.

والفرق بين اللزوم والالتزام: أن اللزوم أمر يقرره الشرع إذا توفرت شروط

---

(١) ترتيب اللآلي لناظر زاده ٣٠٥/١. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٢) ترتيب اللآلي ٤٢٢/١، البناية في شرح الهداية للعيني ٧٨/٧، العناية شرح البداية ٣٠٢/٦. وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: " الدوام على الشيء هل هو كابتدائه أم لا؟".

(٣) شرح فتح القدير لابن الهمام ٢٣٦/٧.

(٤) البناية للعيني ٥٥٣/٤. وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: " ما يمتد فلدوامه حكم الابتداء وإلا فلا".

(٥) تبيين الحقائق للزيعلي مع حاشية الشلبي ٢٨٩/٤.

(٦) شرح فتح القدير ٧٩/٦.

(٧) انظر: لسان العرب لابن منظور ٥٤١/١٢.

معينة في التصرف، ويترتب عليه إسقاط حق الرجوع عن التصرف لمن تقــرر له[١] أما الالتزام فهو ما يقرره الشخص باختياره ابتداء. وأثره المباشر شغل ذمته بأمر[٢].

والتصرفات في الأصل أعم من العقود، فتشمل العقود وغيرها، والمقصود بها في القاعدة: العقود خاصة.

والعقد اللازم هو: ما لا يكون لأحد العاقدين فيه حق الفسخ دون رضا الآخر، كالبيع والسلم والإجارة. أما العقد غير اللازم: فهو ما يكون لكلا العاقدين فيه حق الفسخ دون رضا الآخر، كالعارية والوكالة والشركة والوديعة، ونحوها[٣].

والفقهاء يسمون العقود غير اللازمة: العقود الجائزة، لأنه يجوز لأي طرف فسخها دون الرجوع إلى الطرف الآخر. ويترتب على فسخها أحكام الفسخ، من وجوب الرد، وثبوت حق الاسترداد، ومن الضمان بالتفريط أو التعدي، وغيرها.

والمراد بعدم لزوم التصرف في القاعدة: إمكان رجوع العاقد عن العقد ونقضه بإرادته المنفردة دون الحاجة إلى رضا الطرف الآخر.

ومعنى القاعدة: أن ما كان من التصرفات غير لازم للمتصرف فإن الدوام عليه والاستمرار يأخذ حكم ابتدائه في وجوب الالتزام بشرائطه، وفي مبطلاته، وغير ذلك من الأحكام، فما منع العقد اللازم ابتداءً فإن طرأ عليه في الدوام والاستمرار أبطله، مثل الوصية فإن ما يمنع ابتداءها يمنع بقاءها فيما بعد؛ لأن

---

(١) انظر: البحر الرائق لابن نجيم ٦/٧٥.

(٢) انظر: نظرية الأجل في الالتزام لعبد الناصر توفيق العطار ص٤١. مطبعة السعادة-القاهرة.

(٣) انظر: المنثور في القواعد للزركشي ٢/٤٠٠.

التصرفات غير اللازمة تثبت ابتداء وهي غير ملزمة للطرفين، فيبقى حكمها هكذا في الدوام؛ لأن البقاء على حسب الثبوت[(١)].

والقاعدة بصيغها المتنوعة هي من قواعد الحنفية، ولم يخالف في أصلها سائر المذاهب، لكن وقع الخلاف في بعض فروعها تبعًا للخلاف في بعض العقود، هل هي لازمة أم لا؟

فقد قسم السيوطي -رحمه الله- العقود من حيث اللزوم وعدمه عند الشافعية إلى أقسام:

١- عقد لازم من الطرفين قطعًا كالبيع، والصرف، والسلم، والتولية، والتشريك وصلح المعاوضة، والحوالة، والإجارة، والمساقاة، والهبة للأجنبي بعد القبض، والصداق وعوض الخلع.

٢- عقد جائز من الطرفين قطعًا، كالشركة، والوكالة، والقراض، والوصية، والعارية، والوديعة، والقرض، والجعالة قبل الفراغ من العمل، والقضاء، وسائر الولايات غير الإمامة.

٣- ما فيه خلاف: كالمسابقة، والمناضلة.

٤- ما هو جائز ويؤول إلى اللزوم، وهو الهبة والرهن قبل القبض، والوصية قبل الموت.

٥- ما هو لازم من الموجب، جائز من القابل: كالرهن، والكتابة، والضمان والكفالة، وعقد الأمان، والإمامة العظمى.

٦- ما هو جائز من الموجِب، ولازم من القابل، كالهبة للأولاد[(٢)].

---

(١) انظر: موسوعة القواعد الفقهية للبورنو ٩/٢٤٦، حاشية ترتيب اللآلئ ٢/١٠١٧.

(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص٢٧٥، ٢٧٦.

والعقود الجائزة غير اللازمة عند الحنفية تسعة عقود قسمت إلى ثلاثة أنواع بحسب كون عدم اللزوم فيها مطلقًا أو مقيدًا، وكونه أصليًا أو استثنائيًا:

١- عقود غير لازمة مطلقًا في حق كلا الطرفين، وهي ثلاثة: الإيداع والإعارة والمضاربة والشركة.

٢- عقود الأصل فيها عدم اللزوم، ولكنها تلزم في بعض الأحوال، وهي أربعة: الوكالة والتحكيم والوصية والهبة.

٣- عقود الأصل فيها اللزوم ولكن في طبيعتها شيئًا من عدم اللزوم في ظروف محدودة. وهما عقدان: الإجارة والمزارعة[١].

والعقود غير اللازمة عند المالكية كما ذكر القرافي «خمسة عقود: الجعالة، والقراض، والمغارسة، والوكالة، وتحكيم الحاكم ما لم يشرع في الحكومة»[٢].

فعقد الشركة مثلاً من العقود الجائزة أي غير اللازمة عند جمهور الفقهاء من الحنفية[٣] والشافعية[٤] والحنابلة[٥] وابن رشد الجد وحفيده[٦]، فلكل واحد من الشريكين فسخها متى شاء سواء أرضي الآخر أم أبى، حضر أم غاب،

(١) انظر: المدخل الفقهي العام لمصطفى الزرقا ١/٤٤٨ - ٤٥٧.

(٢) الفروق للقرافي ٤/١٣.

(٣) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٣٦، ٣٣٧، أحكام المعاملات الشرعية للشيخ علي الخفيف ص٥٤٨.

(٤) انظر: المنثور في القواعد للزركشي ٢/٤٠٠، الحاوي الكبير للماوردي ٥/٢٩.

(٥) انظر: المغني لابن قدامة ٦/٤٩.

(٦) قال ابن رشد: "الشركة من العقود الجائزة لا من العقود اللازمة، أي لأحد الشريكين أن ينفصل من الشركة متى شاء". بداية المجتهد ٢/٢٥٥.

وسواء كانت الشركة نقودًا أو عروضًا. وهو قول الزيدية[١] والإباضية[٢] والجعفرية[٣].

فإذا كانت الشركة شركة مفاوضة[٤]. فمن شروطها عند الحنفية تساوي الشركاء في رأس مال الشركة، والتصرف، والربح، وكفالة ما يلزم كلاً من الشريكين من دين التجارة، وأهلية التصرف. وهذه الشروط لا بد من تحققها ابتداء عند عقد الشركة، وانتهاء أي في مدة البقاء، فإذا أراد أحد الشريكين الزيادة أو النقص من رأس ماله أو حصته مثلاً أثناء العقد فليس له ذلك؛ لأنه لا يجوز ابتداء، فما يمنع ابتداء العقد من التفاوت في المال يمنع بقاءه[٥]. أما في شركة العنان فالمساواة ليست شرطًا فيها ابتداء، وكل ما ليس بشرط ابتداء ليس بشرط فيه دواما، لأن لدوامه حكم الابتداء لكونه عقدًا غير لازم[٦]. وعند المالكية: الشركة عقد لازم يلزم بالقول كسائر العقود والمعاوضات، فإذا كانت الشركة مفاوضة فلا يشترط لصحتها المساواة ابتداء ولا انتهاء. بخلاف شركة العنان[٧].

وفي عقد المضاربة: إذا قبض العامل رأس المال من مالكه، وشرع في عمل المضاربة، واشترى بالمال سلعًا تجارية مثلاً وصار عروض تجارة بعد أن كان نقدًا، فقد اختلف الفقهاء هل يجوز لأحد طرفي العقد فسخه أم لا؟ فيرى

---

(١) انظر: البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصارلابن المرتضى ١٠/١٦٢، ١٣/٣٣٣.

(٢) انظر: شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ١٩/١١١.

(٣) انظر: شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام ٢/٤٦٢.

(٤) المقصود بها: أن كلا من الشريكين يطلق التصرف لشريكه دون حاجة إلى مراجعته وأخذ موافقته في كل تصرف من تصرفاته للشركة.

(٥) انظر: شرح فتح القدير ٦/١٥٦.

(٦) انظر: العناية شرح الهداية ٦/١٦٥.

(٧) انظر: شرح الخرشي على خليل ٤/٢٥٨ - ٢٦٥، الفواكه الدواني للنفراوي ٢/١٧٤.

الشافعية وهو الصحيح من مذهب الحنابلة أن عقد المضاربة من العقود غير اللازمة ابتداء وانتهاء، فكما يجوز لأي طرف فسخه في ابتداء العقد يجوز له فسخه وسطه أو متى شاء، فيعطى لبقائه حكم الابتداء[١] ويرى الحنفية أنه يجوز لعامل المضاربة فسخ العقد، أما المالك فلا[٢] أما المالكية فالمضاربة عندهم عقد لازم للعاقدين بعد شروع العامل فيها، فلا يستقل العامل ولا المالك بفسخه ما دام المال عروض تجارة حتى ينض المال، أي يصير نقدًا. فإذا باع العامل العروض والسلع وصارت الأموال نقدًا جاز لكل منهما فسخه[٣] وهو قول بعض الحنابلة[٤].

ومجال العمل بالقاعدة هو التصرفات والعقود غير اللازمة، ويدخل فيها العقود اللازمة التي يعرض ويطرأ فيها ما يجعلها غير لازمة أو جائزة، كالبيع إذا اشترط فيه خيار، أو تبين في المبيع عيب، فيكون لمن له الخيار حق الفسخ[٥].

أدلة القاعدة:

هذه القاعدة مبناها على استقراء الفروع الفقهية، كما نص على ذلك البابرتي - رحمه الله تعالى - قائلاً: «كل ما هو عقد غير لازم فلدوامه حكم الابتداء. وهو ثابت بالاستقراء»[٦].

---

(١) انظر: المنثور في القواعد ٣٩٨/٢ -٣٩٩، القواعد لتقي الدين الحصني ١٢٢/٤، القواعد لابن رجب الحنبلي ص١١، المغني لابن قدامة ١٧٢/٧ - ١٧٣.

(٢) انظر: البحر الرائق لابن نجيم ٢٦٨/٧، حاشية ابن عابدين ٦٥٥/٥ -٦٥٦.

(٣) انظر: المقدمات الممهدات لابن رشد ١٩/٣، شرح الخرشي على مختصر خليل مع حاشية العدوي ٢٠٣/٦..

(٤) انظر: المغني ٣٨/٥ - ٣٩.

(٥) انظر: الاختيار لتعليل المختار للموصلي ١٢/٢ - ١٨، ٦٢.

(٦) العناية للبابرتي ٢٥٩/٨. وانظر أيضًا: البناية للعيني ٣٤٩/٩، ٨٤٣/٦، عمدة الناظر لأبي السعود الحسيني ٤٧١/٢، درر الحكام لعلي حيدر ٤٠٤/٣.

دليل عقلي: وهو أن المتصرف في العقود الجائزة يستطيع نقضها وفسخها في كل لحظة فصارت كأنها تتجدد في كل ساعة فكان كل جزء منها بمنزلة ابتدائه[1].

تطبيقات القاعدة:

١- في شركة المفاوضة: لا بد من تحقق المساواة في رأس المال ابتداء عند عقد الشركة وانتهاء أي في مدة البقاء ما دامت الشركة قائمة؛ لأن عقد الشركة عقد غير لازم، فلكل من الشريكين أن يفسخه إذا شاء، فصارت كالمتجددة كل ساعة، والتحق استمرارها بابتدائها في اشتراط المساواة، فما يمنع ابتداء العقد من التفاوت في المال يمنع بقاءه[2].

٢- إذا جُن الوكيل أو الموكل أثناء العقد، جاز للطرف الآخر فسخ العقد وإنهاؤه؛ لأن الوكالة عقد غير لازم، والجنون مانع من موانع ابتدائها فيمنع من استدامتها[3]، وما لا يكون لازما من التصرفات يعطى لدوامه حكم الابتداء.

٣- الوصية عقد غير لازم، فيكون لبقائه حكم الإنشاء، فتعتبر أهلية العقد إلى وقت الموت، والمجنون غير أهل لإنشاء الوصية في الابتداء؛ لأن قوله غير ملزم، وكذلك طروء الجنون المطبق مبطل لها، فما يمنع ابتداء الوصية يمنع بقاءها[4]؛ لأن التصرفات غير اللازمة لدوامها حكم الابتداء.

---

(١) انظر: العناية شرح الهداية ١٢/٤٢٤.

(٢) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٦/٧٨، شرح فتح القدير لابن الهمام ٦/١٥٦، حاشية ابن عابدين ٣/٣٥٠.

(٣) انظر: ترتيب اللآلئ لناظر زاده ٢/١٠١٧.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٧/٣٩٤، الدر المختار للحصكفي ٥/٤٦٩ - ٤٧١، فتاوى قاضيخان ٢/٣٥.

٤- إذن الوصي للصغير بالتجارة في ماله مشروط بحياة الوصي، فلا بد من قيام أهلية الإذن في حالة البقاء وهي تنعدم بالموت، فإذا مات بطل الإذن؛ لأن الإذن بالتجارة غير لازم، فكان لبقائه حكم الابتداء[١]، والتصرف إذا لم يكن لازمًا كان لدوامه حكم ابتدائه.

٥- لو وقع حريق في دار المودَع عنده، ولديه أمانات في داره، فأخرجها وسلمها للجيران أو لأجنبي بسبب الحريق، لا يضمن إذا تلفت، فإذا فرغ من الحريق ولم يستردها بعده، وهلك منها شيء، كان مقصِّرًا ويضمن؛ إذ يجب عليه الاسترداد[٢]، لأن الإيداع عقد غير لازم، فكان لدوامه حكم الابتداء.

٦- من فوض طلاق امرأته إلى غيره في الصحة فطلقها الوكيل في مرض موت الموكِّل وكان المريض يمكنه عزل الوكيل ولم يفعل، فإنها ترث منه؛ لأنه لما أمكنه عزله بعد مرضه فلم يفعل صار كأنه أنشأ التوكيل في المرض، وهذا لا يجوز[٣]؛ لأن الأصل في كل تصرف غير لازم أن يكون لبقائه حكم الابتداء.

٧- عقد العارية عقد غير لازم ينفسخ بموت المعير أو المستعير عند جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة؛ لأنها عقد على المنافع، فتحتاج إلى الإذن، فتبطل بالموت لأنها تحدث شيئًا فشيئًا، فيتجدد العقد حسب حدوث المنافع، ولا يمكن ذلك بعد وفاة أحد

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٧/٢٠٧، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٢/٦٢٣.

(٢) انظر: جامـــع الفصوليـــن: الفصل الثالث والثلاثين ص ١٤٩، ١٥٠، شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ١٨٩، ١٩٠.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٣/٢٢٣.

العاقدين[١]، وما لا يكون لازمًا من التصرف يُعطى لدوامه حكم الابتداء. أما المالكية فالعارية عندهم عقد لازم إذا كانت مقيدة بأجل أو عمل، فلا تنفسخ بموت المعير أو المستعير، وتدوم إلى أن تتم المدة[٢].

فتحي السروية

* * *

(١) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٥/٨٤، حاشية ابن عابدين٤/٥٠٧، نهاية المحتاج للرملي٥/١٣٠، المغني لابن قدامة ٥/٢٢٥.

(٢) انظر: المدونة للإمام مالك ١٥/١٦٧، جواهر الإكليل لعبد السميع الآبي الأزهري ٢/١٤٦.

رقم القاعدة: ٣٥٩

نص القاعدة: التَّعْيِينُ فِي الِانْتِهَاءِ بِمَنْزِلَةِ التَّعْيِينِ فِي الِابْتِدَاءِ[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- التعيين في الانتهاء كالتعيين في الابتداء[٢].

٢- البيان في الانتهاء بمنزلة التعيين في الابتداء[٣].

قواعد ذات علاقة:

١- النية لا تصح مع التردد[٤]. (مكملة).

٢- الأصل مقارنة النية للفعل إلا أن يتعذر أو يتعسر فتتقدم ولا تتأخر[٥]. (مكملة).

٣- جهالة المعقود عليه توجب فساد العقد[٦]. (مكملة).

---

(١) المبسوط للسرخسي ٤/١٥٩.

(٢) المبسوط للسرخسي ١٥/١٧٢، بدائع الصنائع للكاساني ٤/٢٠٧، درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١/٦٣٧. وانظر: شرح المجلة للأتاسي ٢/٦١٤.

(٣) المبسوط للسرخسي ٧/٨٥.

(٤) الفروق للقرافي ١/٢٢٦. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٥) القواعد للمقري ٢/٥٤٦. وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "الأصل مقارنة النية للفعل أو تقدمها عليه بزمن يسير".

(٦) بدائع الصنائع للكاساني ٤/١٨٥، ٦/٨٥.

شرح القاعدة :

التعيين : مصدر عيَّن. تقول: عينت الشيء تعيينًا: إذا خصصته من الجملة[١].

والتعيين في الاصطلاح : جعل الشيء متميزًا عن غيره، بحيث لا يشاركه سواه[٢].

والمراد بالابتداء : ابتداء التصرف، بعقد النية له في العبادات، والشروع في التفاوض وإبرام العقد في المعاملات.

والمراد بالانتهاء : الانتهاء من الوقت المقرر للتعيين، أي الانتهاء من عقد النية أو إبرام العقد.

تصرفات المكلفين والتزاماتهم في العبادات أو المعاملات منها ما يشترط لصحتها وانعقادها نية التعيين؛ لتمييزها عن غيرها، وتحديد نوعها ورتبتها، ورفع الجهالة والإبهام عنها، بحيث لا يتطرق إليها الاحتمال والاشتباه؛ كما في الصلاة، فقد تحتاج إلى التعيين والتمييز من جهة كونها فرضًا، أو نفلاً، أو نذرًا، أو تمييزها بإضافتها إلى سببها؛ كصلاة الكسوف أو الاستسقاء أو العيدين، أو إلى وقتها كصلاة الظهر أو العصر. ومنها ما لا يشترط فيها نية التعيين، لوضوح المقصود منها، وعدم التباسها بغيرها، وهي «ما كان من الأعمال حصول صورته كاف في حصول مصلحته»[٣]، كالأذان في باب العبادات، وكأداء الديون ورد الودائع في مجال المعاملات.

وهذه القاعدة تتعلق بالقسم الأول الذي يشترط فيه التعيين، سواء كان

---

(١) انظر: معجم الصحاح للجوهري ص ٧٦١، لسان العرب لابن منظور ١٣/٣٠٩، مادة: (عين).
(٢) انظر: التوقيف على مهمات التعاريف للمناوي ص ١٨٦.
(٣) مغني المحتاج للخطيب الشربيني ١/٣٤١. وانظر: مواهب الجليل للحطاب ١/٢٣٠.

ذلك في العبادات التي يلزم فيها تعيين المنوي، وتحديد نوعه، ورتبته، أو المعاملات التي يشترط فيها تعيين المعقود عليه، إما بالإشارة أو بالرؤية التي يحصل بها المقصود إذا كان المعقود عليه حاضراً، وإما بالوصف بذكر جنسه ونوعه ومقداره إذا كان غائبًا أو كان الشيء مما يعين بنوعه؛ فمن أراد شراء سيارة وجب تعيينها إما بالإشارة أو بذكر أوصافها، من تحديد نوعها، وبيان بلد صنعها وسنته وغير ذلك، ومن استأجر أجيرًا وجب عليه تعيين العمل بما يرفع الجهالة عنه، ويجعله مميزًا عن غيره، فإذا لم يحصل التعيين فسد التصرف للجهالة.

ومعنى القاعدة: أن من أبهم العمل، وترك تعيين نوعه أو صفته أو جهته في تصرف من التصرفات عند إنشائه له، أو أبهم المعقود عليه في المعاملات في أول الأمر ثم عينه بعد ذلك قبل تمام تصرفه، وحصول المقصود منه، فإنه يصح عمله، وينفذ تصرفه، وينصرف إلى الجهة التي عينها، ويكون تعيينه في الانتهاء بمنزلة تعيينه في الابتداء. فمن أبهم النية في إحدى العبادات، ولم يعين صفتها أو جهتها، ثم عينها قبل التلبس بالعمل والشروع فيه صحت عبادته، واعتبر تعيينه؛ كما لو أن رجلاً أمره رجلان أن يحج عن كل واحد منهما حجة، فأحرم بحجة لأحدهما، لا ينويه بعينه، فله أن يجعلها عن أيهما شاء ما لم يتصل بها الأداء[1].

أما التعيين بعد الشروع في العبادة فلا يعتبر؛ كما لو شرع في الطواف في الصورة السابقة لم يكن له أن يجعل الحج عن أحدهما؛ لأن التعيين إنما يكون للتمييز ومعرفة نوع العمل وجهته، وذلك لا يكون إلا قبل مباشرته للعمل، أما «المؤدى فلا يحتمل التعيين»[2].

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي ١٥٩/٤-١٦٠، بدائع الصنائع للكاساني ٢١٤/٢-٢١٥، الهداية للمرغيناني مع فتح القدير لابن الهمام ١٥١/٣، تبيين الحقائق للزيلعي ٨٦/٢.

(٢) الهداية للمرغيناني مع فتح القدير لابن الهمام ١٥١/٣.

أما في المعاملات فإنه إذا كان التصرف على وجه يؤول إلى العلم، وحصل التعيين قبل حصول المقصود من التصرف، صح تصرفه، سواء تم التراضي على تعيين الأجل أو محل الالتزام والتصرف قبل التنفيذ في مجلس العقد أو بعده أو عند التنفيذ بالاختيار والشروع في العمل؛ إذ الشروع يكون تعيينًا لمحل التصرف ورفعا لجهالته. ويختلف الحكم في ذلك من عقد إلى عقد، فمن العقود ما يسمح بتأخير التعيين فيه إلى نهاية مجلس العقد؛ كما لو قال للموهوب له لك السيارة التي تريدها من هاتين السيارتين، دون تعيين فسدت الهبة، فإذا عين أحدهما في مجلس الهبة صحت الهبة[1] ومنها ما يمكن التعيين فيه بعد الافتراق من المجلس بالشروع في العمل؛ كما في الإجارة والمزارعة.

ومجال هذه القاعدة الأوسع هو المعاملات، أما العبادات فالأصل فيها التعيين في الابتداء؛ لأن الأصل فيها: «مقارنة النية للفعل إلا أن يتعذر أو يتعسر فتتقدم ولا تتأخر»[2]؛ لأن «الغرض بالنيات التمييز، فوجب أن تقترن النية بأول العبادة؛ ليقع أولها مميَّزًا، ثم يبتنى عليه ما بعده»[3]، إلا أنه يجوز في بعضها تأخير التعيين، كما هو في الإحرام في بعض الصور؛ لأن التعيين ليس بشرط في انعقاد النسك؛ كما ورد النص بذلك.

وهذه القاعدة محل اتفاق بين الفقهاء في الجملة فيما يقبل الإبهام، أما ما لا يقبل الإبهام، فلا يصح فيه تأخير التعيين، بل يلزم ابتداء، إلا أنه وقع الخلاف في عقود المبادلات المالية، كالبيع والإجارة، فذهب الحنفية إلى أن العقد إذا وقع مبهمًا فسد؛ لما فيه من الجهالة والغرر، لكن إذا تم رفع المفسِد

---

(١) انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٢/ ٤٤٠.
(٢) القواعد للمقري ٢/ ٥٤٦.
(٣) قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ١/ ٢١٣. بتصرف يسير.

بالتعيين في الانتهاء بالتراضي صح العقد، وهذا راجع إلى تفريقهم بين الفساد والبطلان في المعاملات المالية، بخلاف الجمهور فإنهم ذهبوا إلى بطلان العقد من أصله، ولا فرق عندهم بين الفاسد والباطل[١].

أدلة القاعدة:

١- ما رواه أبو موسى الأشعري - رضى الله عنه - قال: «قدمت على رسول الله ﷺ وهو بالبطحاء، فقال: «أحججت؟»، قلت: نعم، قال: «بما أهللت؟»، قلت: لبيك بإهلال كإهلال النبي ﷺ، قال: «أحسنت، انطلق، فطف بالبيت، وبالصفا والمروة»[٢]. فقد صحح رسول الله ﷺ إحرامه مع الإبهام، وجعل تعيين نوعه في الانتهاء بمنزلة التعيين في الابتداء.

٢- لأن عدم التعيين جهالة تفضي إلى المنازعة، وذلك مفسد للعقد، فإذا تم التعيين قبل الانتهاء، وأزيلت الجهالة زال الفساد؛ لانعدام العلة المفسدة[٣].

تطبيقات القاعدة:

١- إذا نوى رجل إحرامًا مطلقًا في أشهر الحج، دون أن يعين حجة أو عمرة، انعقد إحرامه مع الإبهام، فيتخير بينهما، ويصرفه إلى ما شاء من النسكين ما لم يشرع في الطواف بالبيت؛ لأن تعيينه في الانتهاء بمنزلة التعيين في الابتداء[٤].

---

(١) انظر: المدخل إلى نظرية الالتزام للزرقا ص ٩١، الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة ص ٣٥٢، الأموال ونظرية العقد لمحمد موسى ص ٤١١.

(٢) رواه البخاري٢/١٤٠ (١٥٥٩)، ١٧٣/٢(١٧٢٤)، ٣/ ٦ (١٧٩٥)، ١٦٢/٥، ١٧٥ (٤٣٤٦)، (٤٣٩٧)، ومسلم ٨٩٤/٢، ٨٩٥ (١٢٢١)، كلاهما عن أبي موسى الأشعري رضي الله عنه.

(٣) انظر: المبسوط للسرخسي ١٦٦/١٥، درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٦٣٧/١.

(٤) انظر: المبسوط للسرخسي ١١٦/٤، بدائع الصنائع للكاساني ١٦٣/٢، المجموع للنووي ٢٣٨/٧، ٢٣٩، مغني المحتاج للشربيني ٢٣٢/٢، المنثور في القواعد للزركشي ١٧٩/٣، المغني لابن قدامة ١٢٨/٣.

٢- لو استأجر من أحدٍ قدورًا بغير عينها لم يجز؛ لأن المعقود عليه مجهول، فإن القدور مختلفة في الصغر والكبر، والانتفاع بها بحسبها، فإن جاءه بقدر فقبله على الكراء الأول فهو جائز، والأجر له لازم؛ لأن التعيين في الانتهاء كالتعيين في الابتداء[١].

٣- لو قال للعامل: استأجرتك على أن تعمل في هذه الأرض عشر سنين بالنصف، فهذه إجارة فاسدة؛ لأن العمل المشروط عليه مجهول، يحتمل الزراعة والغراسة، وبينهما تفاوت عظيم، فإن أعطاه رب الأرض بذرًا فبذره، أو غرسًا فغرسه، كان هذا تعيينًا ورفعًا للجهالة، فيصح العقد، ويكون الخارج منهما على شرطهما؛ لأن التعيين في الانتهاء بتراضيهما، كالتعيين في الابتداء[٢].

٤- إذا استأجر الرجل أرضًا مزارعة، ولم يعين ما يزرع فيها، ولم يعمم الإذن فالمزارعة فاسدة؛ لأن الأرض مما تختلف باختلاف الزرع، فربَّ زرع ينقص الأرض نقصانًا كثيرًا، وربَّ زرع ينقصها نقصانًا قليلاً، وربَّ زرع يزيد في الأرض، فلا تجوز ما لم يبين، لكن إن قام المستأجر بزرعها بشيء معين، وتراضيا على ذلك، كان هذا تعيينًا ورفعًا للجهالة، فيصح العقد، ويجب المسمى[٣]؛ لأن التعيين في الانتهاء بتراضيهما كالتعيين في الابتداء.

٥- لو قال: أبيعك ثوبًا بكذا، ولم يسمه، ولم يره المشتري فالبيع فاسد؛ لأنه أوجبه في مجهول، والجهالة تفضي إلى المنازعة بينهما، فإن

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي ١٥/١٦٩.

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي ٢٣/٨٨.

(٣) انظر: المحيط البرهاني لابن مازة ٧/٤٦٥. ط. دار الكتب العلمية، تبيين الحقائق للزيلعي ٥/١١٤، البحر الرائق لابن نجيم ٧/٣٠٤.

اتفقا أنه هذا الثوب، وحصل التعيين، صح البيع؛ لأن الجهالة قد ارتفعت باتفاقهما، وكان بيانهما في الانتهاء بمنزلة التعيين في الابتداء[١].

٦- إذا قال المقر: هذه الدار لأحد هذين، أُلزم البيان، فإن عين أحدهما، قُبل قوله[٢]؛ لأن التعيين في الانتهاء كالتعيين في الابتداء.

٧- لو ذهب رجل إلى معرض لبيع السيارات المستعملة، فوجد عندهم أربع سيارات من نوع واحد، ولون واحد، فاشترى واحدة منها لا بعينها، فسد البيع؛ لجهالة الصفة المفضية إلى النزاع، حيث إنها تتفاوت تفاوتًا كبيرًا في جودتها ومدة استعمالها ونحو ذلك، لكن إذا حصل الاختيار والتعيين بالتراضي صح البيع[٣]؛ لأن التعيين في الانتهاء بتراضيهما كالتعيين في الابتداء.

محمد عمر شفيق الندوي

* * *

(١) انظر: المبسوط للسرخسي ٧/٨٥.
(٢) انظر: شرائع الإسلام للحلي ٣/١١٤.
(٣) انظر: رسائل ومسائل في الفقه لعبد الرحمن النفيسة ٤/١٠ - ١٣.



رقم القاعدة: ٣٦٠

نص القاعدة: كُلُّ مَا لَوْ تَمَّ مُنْتَهَاهُ كَانَ رُجُوعًا فَمُبْتَدَؤُهُ أيضًا رُجُوعٌ[١].

قواعد ذات علاقة:

١- الدلالة تعمل عمل الصريح إذا لم يوجد صريح يعارضها[٢]. (أعم).

٢- العبرة بالحال أو بالمآل[٣]؟ (أعم باعتبار شطرها الثاني).

٣- دليل الرضا كصريح الرضا[٤]. (أعم).

شرح القاعدة:

منتهى الشيء: مآله؛ ومبتدؤه: أوله، والرجوع: في الأصل نقيض الذهاب وعن التصرف إبطاله ومنه رجع فلان في هبته إذا أعادها لملكه[٥]. وهذا المعنى هو المقصود في القاعدة.

---

(١) الجمع والفرق للجويني ٣/٦٧٥-٦٧٦.

(٢) ترتيب اللآلي لناظر زاده ٢/٧٠٣، وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: " الثابت بالدلالة كالثابت بالصريح".

(٣) مختصر قواعد العلائي لابن خطيب الدهشة ١/١١٠، ٢٥٧، المجموع المذهب للعلائي لوحة ٢٩٩/أ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٧٨، قواعد الحصني ٤/٤٢، الأقمار المضيئة للأهدل ص٢٧٢، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٤) المبسوط للسرخسي ص ٢ - ١٢٠، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٥) انظر: المصباح المنير للفيومي ص ٢٢٠.

والرجوع يقع بكل ما ينافي إمضاء التصرف وهو ضربان:

١- **الرجوع تصريحًا**: وهو ما كان بلفظ هو نص في الرجوع، ومثاله في الوصية قول الموصي: رجعت عن وصيتي لفلان.

٢- **الرجوع دلالة**: وهو كل تصرف أو فعل يفيد الرجوع عن العقد. ومثاله في الوصية بيع الموصي الموصى به.

وقاعدتنا داخلة في النوع الثاني من أنواع الرجوع دالة على أن الأمر إذا كان مآله رجوعا عن عقد أو إسقاطًا لحق فإن مجرد الدخول فيه يعتبر رجوعًا كذلك. ومثاله: عرض الموصي الموصى به للبيع، فإن مآل العرض للبيع البيع[١]، والبيع إذا وقع فهو رجوع عن الوصية لأنه مناف لها إذ فيه تفويت لعين الموصى به.

فهي إذن قائمة على عنصرين:

١- تصرف أباح الشارع للمكلف الرجوع عنه سواء تعلق الأمر بإسقاط حق له كالشفعة والخيار في البيع أو النكاح وما في معناها، أو بفسخ واحد من العقود غير اللازمة مثل العارية، والوصية، وغيرها، فإن عدم لزومها يبيح الرجوع فيها إذا توافرت شروطه المعتبرة المحددة في محالِّها[٢].

٢- الدخول في تصرف أو أمر إذا اكتمل وبلغ غايته كان رجوعًا، كعرض الوصية للبيع على ما هو مبين في المثال السابق.

---

(١) الجمع والفرق للجويني ٦٧٦/٣، وجعل ابن حزم السوم داخلاً في البيع على البيع انظر: المحلى لابن حزم ٤٤٨/٨.

(٢) انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية ١٣٥/٢٢.

والدخول فيما مآله رجوع هو ما عبر عنه صاحب نظم البهجة الوردية في باب الوصايا بوقوع مقدمات المنافي للتبرع[١].

ومبنى هذه القاعدة على أصلين:

١- عموم قاعدة: «الدلالة تعمل عمل الصريح إذا لم يوجد صريح يعارضها»، باعتبار أنها قاضية بأن الدخول فيما منتهاه الرجوع كالتصريح بالرجوع لدلالته عليه.

٢- واعتبار الفقهاء مآل الأمور المعبر عنه بالشطر الثاني من القاعدة الخلافية: «العبرة بالحال أو بالمآل؟» فهي إذاً معقولة المعنى معتبرة لدى جمهور الفقهاء، إلا أنهم اختلفوا في بعض التصرفات هل منتهاها إذا تمت يكون رجوعاً أم لا؟ كالخلاف في الفرع السابق -مثلاً- وهو عرض الموصى به للبيع ففيه عند الشافعية وجهان:

أحدهما: يكون رجوعًا صريحًا في الوصية لأنه شروع في إخراجها من ملك الموصي، فكان أقوى من التصريح ببقائه على ملكه.

والوجه الثاني: لا يكون رجوعًا صريحًا والوصية بعد العرض باقية ما لم يُبَع الموصى به؛ لأن عرض المبيع يحتمل أن يريد به مالكه معرفة قيمته فلا يصير بهذا الاحتمال رجوعًا صريحًا[٢].

وهذه القاعدة جارية، كما سبق بيانه، في أبواب العقود من فقه المعاملات.

---

(١) حيث قال ملخصًا للأمور التي يقع بها الرجوع عن الوصية:

يرجع عن تبرع قد علقا ... بموته بما ينافي مطلقا
وفعل أقوى ومقدماته ... كذا لوارثي ومشبهاته
والعرض للبيع كما لو أذنا ... فيه وكالإيجاب فيما رهنا

فقوله: كذا لوارثي ومشبهاته تمثيل لما ينافي التبرع، والعرض للبيع... الخ تمثيل لمقدمات المنافي على اللف والنشر المرتب. انظر: شرح البهجة الوردية لزكريا الأنصاري ٤/٤٣.

(٢) انظر: الحاوي الكبير للماوردي ١٨/١١٤.

أدلة القاعدة :

١- قاعدة: الدلالة تعمل عمل الصريح إذا لم يوجد صريح يعارضها[(١)]، وأدلتها.

٢- شطر قاعدة: هل العبرة بالحال أو بالمآل[(٢)]؟ القاضي بأن العبرة بالمآل وأدلته.

تطبيقات القاعدة :

١- إذا خيرت المرأة في البقاء مع زوجها أو مفارقته فمكنته من الوطء اعتبر ذلك رجوعًا عن خيارها لأن منتهى التمكين حصول الوطء[(٣)]. وكل ما لو تم منتهاه كان رجوعًا فمبتدؤه أيضًا رجوع.

٢- يصح تعليق الوقف بالموت كقول الواقف: وقفت داري بعد موتي على الفقراء ويكون عرضها للبيع رجوعًا منه عن الوقف[(٤)]. لأن كل ما لو تم منتهاه كان رجوعًا فمبتدؤه أيضًا رجوع.

٣- إذا عرض المشتري المبيع المعيب للبيع اعتبر ذلك إسقاطًا لخياره ورجوعًا عنه[(٥)]. لأن كل ما لو تم منتهاه كان رجوعًا فمبتدؤه أيضًا رجوع.

---

(١) انظرها: في قسم القواعد الفقهية بلفظ: " الثابت بالدلالة كالثابت بالصريح".

(٢) مختصر قواعد العلائي لابن خطيب الدهشة ١/١١٠، ٢٥٧، المجموع المذهب للعلائي لوحة ٢٩٩/أ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص١٧٨، قواعد الحصني ٤/٤٢، والأقمار المضيئة للأهدل ص٢٧٢. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٣) انظر: الكافي في الفقه الحنبلي لابن قدامة ٣/١٨، وبدائع الصنائع للكاساني ٢/٣١٦، وشرح مختصر خليل للخرشي ٣/٢٥١.

(٤) انظر: شرح المنهج لزكريا الأنصاري ٣/٥٨١ نقلاً عن القفال.

(٥) انظر: الفروع لابن مفلح ٤/٨١.

٤- إذا اشترى الرجل أرضًا، وساومه بها الشفيع فإن إقدامه على الاستيام دليل على رضاه بتقرر ملك المشتري فيها، وإبطال لحقه في الشفعة لأن منتهاه تملكها منه فيكون إسقاطًا للشفعة دلالة[1]. لأن كل ما لو تم منتهاه كان رجوعًا فمبتدؤه أيضًا رجوع.

٥- من أوصى بدار لشخص ثم عرض تلك الدار قبل موته للبيع، فيعتبر عرضه لها للبيع رجوعًا عن الوصية كما لو باعها، إذ لو باعها فعلاً كان ذلك رجوعا عن الوصية فكذلك عرضه لها للبيع[2] لأن كل ما لو تم منتهاه كان رجوعًا فمبتدؤه أيضًا رجوع.

٦- من أوصى لرجل بدار ورهنها في دين فهو رجوع في الوصية، إذ فيه تعريض لزوال ملك الموصي لها[3] لأن الرهن محبوس بالدين ويستوفى منه عند الهلاك[4] وكل ما لو تم منتهاه كان رجوعًا فمبتدؤه أيضًا رجوع.

٧- من أوصى لرجل بمال ووهبه للآخر ولم يقبضه كان ذلك رجوعًا في وصيته، لأن في تعريضه لزوال الملك صرفًا له عن الموصى له[5]. وكل ما لو تم منتهاه كان رجوعًا فمبتدؤه أيضًا رجوع.

بدي أحمد سالم

* * *

(١) انظر: المبسوط للسرخسي ١٤/١٣٨.

(٢) انظر: حاشية العبادي على الغرر البهية في شرح البهجة الوردية ٤/٤٤، وانظر: الكافي في فقه ابن حنبل لابن قدامة ٢/٥١٦، وانظر: البحر الزخار لأحمد بن المرتضى ٦/٣٢٠.

(٣) انظر: المجموع للنووي ١٥/٤٩٩، وانظر: شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ١٢/٦٢٣، الروضة البهية للعاملي ٥/٦٥.

(٤) انظر: حاشية ابن عابدين ٤/٤٨٢.

(٥) انظر: المجموع للنووي ١٥/٤٩٩.



رقم القاعدة: ٣٦١

نص القاعدة: هَلْ تُرَاعَى الطَّوَارِئُ؟[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- الطوارئ هل تراعى أم لا؟[٢].

٢- هل تراعى الطوارئ البعيدة أم لا؟[٣].

٣- الأمور التي يمكن طروّها هل تعتبر كلها أو لا يعتبر شيء منها؟[٤].

قواعد ذات علاقة:

١- هل العبرة بالحال أو بالمآل؟[٥]. (أعم).

٢- النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعًا[٦]. (أعم بالنظر إلى شطر القاعدة الأول).

٣- لا يثبت حكم الشيء قبل وجوده[٧]. (أعم بالنظر إلى شطر القاعدة الثاني).

---

(١) الجواهر الثمينة لابن شاس ٢/٣٦٠، الكليات الفقهية لابن غازي ص ٢٢٩.

(٢) إيضاح المسالك للونشريسي ص٢٦٧، شرح المنهج المنتخب للمنجور ١/٢٩٩.

(٣) التاج والإكليل للمواق ٣/١٧٥.

(٤) الدليل الماهر الناصح للولاتي ص٧٠، طبعة مكتبة الولاتي لإحياء التراث الإسلامي ٢٠٠٦م.

(٥) الأقمار المضيئة للأهدل ١/٢٧٢، وانظرها في قسم القواعد الفقهية.

(٦) الموافقات للشاطبي ٤/١٩٤، وانظرها في قسم القواعد المقاصدية.

(٧) الأشباه والنظائر لابن الملقن ٢/١٣٠، وانظرها في قسم القواعد الفقهية.

٤- المتوقع هل يجعل كالواقع؟[١]. (أخص).

٥- لا أثر للأصول السابقة مع الأصول الطارئة[٢]. (اشتراك في المعنى مع شطر القاعدة القاضي بمراعاة الطوارئ).

٦- المشرف على الزوال هل يُعطى حكم الزائل؟[٣].(اشتراك في المعنى).

شرح القاعدة :

المراد بالطوارئ في القاعدة الأمور التي يمكن طروها، ومراعاة الطوارئ اعتبارها مؤثرة في الحكم كما لو كانت قد وقعت.

ومعنى القاعدة أن الفقهاء اختلفوا في الأمور التي يمكن طروها هل تعتبر كلها فيترتب عليها ما يترتب على الواقع فعلاً، أو لا يعتبر منها شيء، فلا يكون لها أي أثر في الحكم الحالي.

فهي قاعدة خلافية تدخل في عموم قاعدة: «هل العبرة بالحال أو بالمآل؟[٤]» وهي أعم من قاعدة: «المتوقع هل يجعل كالواقع؟» إذ التوقع دال فيها على قرب الوقوع وترقبه، لذا ربط السبكي تلك القاعدة وقسيمتها المتعلقة بقرب زوال الشيء: «المشرف على الزوال هل يُعطى حكم الزائل؟»[٥] بقاعدة: «ما قارب الشيء يُعطى حكمه»[٦].

---

(١) الأشباه والنظائر السبكي ١/ ٩٨، المنثور للزركشي ١٦٦/٣، الأشباه والنظائر السيوطي ص ١٧٨، وانظرها في قسم القواعد الفقهية.

(٢) الأشباه والنظائر لابن الملقن ١/ ٢٢١، وانظرها في قسم القواعد الفقهية.

(٣) انظرها: في قسم القواعد الفقهية، وبلفظ: "المشرف على الزوال هل له حكم الزائل، أو حكم نفسه؟" القواعد والفوائد للعاملي ١/ ١٨٩.

(٤) الأقمار المضيئة للأهدل ١/ ٢٧٢.

(٥) انظر: القاعدة رقم [ف - ٩٣٦٥].

(٦) إيضاح القواعد للحجي ص٥٣، اللباب للميداني ١/ ١٣٩/٤، ١/ ٣٧، شرح الزركشي للخرقي ١/ ٤٠٥، عون المعبود للعظيم آبادي ٤٣٦/١٠، النوازل الصغرى للوزاني ١/ ٣١٠، إحكام الأحكام لابن دقيق العيد ١/ ٣١٣.

يقول السبكي: «غير الواقع... إن لم يكن قريبًا من الوقوع فلا يُعطى حكم الواقع، وإن كان قريبًا فهو مسألة ما قارب الشيء هل يُعطى حكمه؟ وهي أعم من قولنا: المتوقع هل يكون كالواقع؟ والمشرف على الزوال هل يكون كالزائل؟ لشمولها الأمرين؛ غير أن قولنا: المتوقع كالواقع يشبه أن يختص بما سيوجد، وقولنا: المشرف على الزوال كالزائل يشبه أن يختص بما سيعدم. فيُعطى هناك المعدوم الذي سيوجد حكم الموجود وهنا الموجود الذي سيعدم حكم المعدوم»[١].

أما الطارئ - في قاعدتنا - فمحتمل الوقوع في وقت قريب أو بعيد. ولإبراز العلاقة بين القاعدتين جمعهما الونشريسي تبعًا للمقري في صيغة واحدة هي قوله: «الطوارئ هل تراعى أم لا؟ ثالثها تراعى القريبة فقط»[٢]. ولا يخفى ما في قوله: «ثالثها» من ترجيح اعتبار المتوقع - وهو الطارئ القريب - كالواقع، وتقرير الخلاف في مراعاة الطوارئ.

والذي يظهر أن اطراد الخلاف في مراعاة الطوارئ المحتملة الوقوع - بعيدة كانت أو قريبة[٣] - خاص بالمالكية. وجزم السبكي في النص السابق بأن غير الواقع إن لم يكن قريبًا من الوقوع فلا يُعطى حكم الواقع.

والمالكية يمثلون لهذه القاعدة بفرع ليس له محل في الفقه المعاصر لتعلقه بأحكام العبيد، لكنه يوضح بجلاء معنى القاعدة؛ وهو الخلاف في جواز تزوج العبد بابنة سيده، فعلى أن الطوارئ تعتبر لا يجوز تزويجه بها لئلا يطرأ ملكها له

---

(١) الأشباه والنظائر للسبكي ٢/٩٨.

(٢) إيضاح المسالك للونشريسي ص٢٦٧، وبلفظ: "الطوارئ هل تُراعى أو القريبة فقط؟"، شرح اليواقيت الثمينة للسجلماسي ١/٣٩٦.

(٣) القرب والبعد يقدران بالعرف عند المالكية في غالب ما انبنى الحكم عليهما فيه. انظر: الفواكه الدواني للنفراوي ١/٣٨٤، الشرح الكبير للدردير ٢/ ٩٩، شرح مختصر خليل للخرشي ٦/١٧٢. وكذا عند الإباضية خلاصة الوسائل للحارثي ٢/٢٨٨.

بموت أبيها فيفسخ نكاحه إياها وعلى أن الطوارئ لا تعتبر يجوز تزويجه بها والمشهور الكراهة ترجيحًا لشطر القاعدة الأول[١].

ومبنى الخلاف في هذه القاعدة تجاذب أصلين شرعيين متعارضين لاعتبار الطوارئ:

أولهما : مرجح لاعتبار الطوارئ لما فيها من معنى المآلات. والمآلات لا اختلاف في اعتبار الشارع لها كما تقرره القاعدة المقاصدية: «النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعًا»[٢]. فالقائل بمراعاة الطوارئ مستنده في الجملة اعتبار الشارع المآل لأن الطارئ من شأنه أن يكون مآلاً.

والثاني: مرجح لعدم اعتبار الطوارئ وهو المعبر عنه بقاعدة: «لا يثبت حكم الشيء قبل وجوده»[٣]، والطوارئ لم توجد بعد فلا حكم لها بمقتضى هذا الأصل إذن.

والقاعدة جارية في العبادات والمعاملات.

أدلة القاعدة :

أولاً : أدلة شطر القاعدة القاضي بأن الطوارئ تراعى :

- قاعدة: «النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعًا»[٤] وأدلتها.
- شطر قاعدة: «هل العبرة بالحال أو بالمآل؟»[٥] القاضي بأن العبرة للمآل وأدلته.

---

(١) انظر: الدليل الماهر الناصح للولاتي ص٧٠.
(٢) الموافقات للشاطبي ٤/١٩٤.
(٣) الأشباه والنظائر لابن الملقن ٢/١٣٠.
(٤) الموافقات للشاطبي ٤/١٩٤.
(٥) الأقمار المضيئة للأهدل ١/٢٧٢.

ثانيًا : أدلة شطر القاعدة القاضي بأن الطوارئ لا تراعى :

قاعدة: «لا يثبت حكم الشيء قبل وجوده»[١] وأدلتها، لأن الشيء "قبل وجوده معدوم»[٢] و«لا حكم لمعدوم»[٣].

تطبيقات القاعدة :

١- إذا اشترى رجل وعاء زيت يزعم صاحبه أن فيه عشرة أقساط، بقمح جزافًا وقبضه بكيل صاحبه الذي أخذه منه على التصديق، لم يجز ذلك عند بعض الفقهاء لأنه قد يفارقه ثم يكيله، فيجده ينقص نقصًا بينًا، فيرجع عليه في الطعام بمقدار ما نقص من الزيت، فبمراعاة احتمال وقوع هذا الأمر الطارئ يكون المتبايعان لم يتناجزا بيع الطعام عند ما تبايعا، ولا يجوز بيع الطعام بالطعام إلا يدًا بيد؛ وقيل بإجازة ذلك، ووجهه أن التناجز قد حصل بينهما بالتقابض، وما يطرأ بعد ذلك من وجود النقصان الذي تقوم عليه البينة فيوجب أن يرد من الطعام بمقدار ما نقص من الزيت، لا يؤثر في صحة العقد فكأنه قد باع جزافًا بجزاف. بناء على أن الطوارئ لا تعتبر[٤].

٢- من كان له على غريم مبلغ مالي حال عليها الحول، فإن اقتضى منها عشرة لم تكن فيها زكاة، فإن اقتضى بعد ذلك عشرة أو العشرين الباقية زكاهما جميعًا وكان حول الجميع من يوم اقتضى الثانية. وإن اقتضى في الأولى عشرين فزكاها ثم اقتضى عشرة زكاها أيضًا وكان حول الثانية يوم اقتضيت ولم يجمعهما؛ وقيل بل تضاف إلى ما بعدها

---

(١) الأشباه والنظائر لابن الملقن ٢/١٣٠.

(٢) شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ١٧/٧٠٨.

(٣) البحر الزخار لأحمد بن المرتضى ٥/٦.

(٤) انظر: المعيار المعرب للونشريسي ٤/٤٨٦.

لأنها نقصت عن النصاب بالزكاة. وسبب الخلاف هو هل تراعى الطوارئ البعيدة أم لا؟ فمن لم يراعها أبقى النصاب الأول الذي نقص بالزكاة على حوله فزكاه إذا حل ما دام النصاب فيهما، ومن راعاها أضافه إلى ما بعده لأنه لا يأمن على ما بعده التلف، ولو تلف لم يجب في الأول زكاة لأنه دون النصاب[1].

٣- الخلاف في جواز بيع الدار التي تسكنها معتدة بالأشهر يحتمل أن يطرأ عليها حيض واستثناء سكناها مدة عدتها؛ فمن قال بالجواز نظر إلى أن الأصل بقاؤها على ما هي عليه من الاعتداد بالأشهر ومن قال بالمنع نظر لاحتمال أن يطرأ حيضها ومدة العدة به مجهولة. والقولان مبنيان على اعتبار الحال واحتمال الطوارئ فمن نظر للحال أجاز، ومن نظر لاحتمال الطوارئ منع[2].

٤- الخلاف في جواز اجتماع البيع والصرف في صفقة واحدة، فعلى أن الطوارئ تعتبر لا يجوز اجتماعهما مخافة أن يطرأ على البيع الاستحقاق فيؤدي ذلك إلى عدم المناجزة المفسد للصرف، وعلى أن الطوارئ لا تعتبر يجوز اجتماعهما في صفقة[3].

٥- الخلاف في جواز اقتضاء الحنطة المحمولة عن السمراء[4] في القرض فعلى أن الطوارئ تراعى لا يجوز لئلا يطرأ ارتفاع المحمولة على

(١) والقول الأول لابن القاسم، قال ابن بشير: وهو المشهور. ووصف القول الثاني بأنه شاذ، انظر: التاج والإكليل للمواق ٣/١٧٥-١٧٦.

(٢) انظر: شرح الخرشي لمختصر خليل ٤/١٦١، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ٢/٤٨٨.

(٣) والقول الأول لابن القاسم فلا يجوز اجتماعهما عنده إلا في اليسير، والثاني لأشهب، انظر: قواعد الفقه المالكي للولاتي ص٧١.

(٤) المحمولة: حنطة غبراء كأنها حب القطن كثيرة الحب ضخمة السنبل، كثيرة الريع، غير أنها لا تحمد في اللون ولا في الطعم، تاج العروس للزبيدي ١٢/٧٢، ٢٣/٣٥٥، والسمراء الحنطة الحمراء، بلغة السالك للصاوي حاشية على الشرح الكبير للدردير ٣/١٧٤.

السمراء في وقت الزراعة فيدور الفضل من الجانبين، وعلى أن الطوارئ لا تراعى يجوز اقتضاؤها عنها[١].

٦- الصرف على التصديق في الوزن أو في الصفة أو فيهما لا يجوز على المشهور وأجازه بعض الفقهاء والخلاف في ذلك مبني على الخلاف في مراعاة الطوارئ[٢].

بدي أحمد سالم

* * *

(١) انظر: إيضاح المسالك للونشريسي ص ٢٩٧.

(٢) والقائل بجوازه هو أشهب، انظر: الجواهر الثمينة لابن شاس ٢/٣٣٥.

رقم القاعدة: ٣٦٢

نص القاعدة: الحَادِثُ بَعْدَ انْعِقَادِ السَّبَبِ قَبْلَ إِتْمَامِهِ يُجْعَلُ كَالمَوْجُودِ عِنْدَ ابْتِدَاءِ السَّبَبِ[١].

صيغ أخرى:

١- الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه كالحادث قبل انعقاده[٢].

٢- العارض قبل حصول المقصود بالشيء كالمقترن بأصل السبب[٣].

٣- الطارئ قبل حصول المقصود بالسبب كالمقترن بأصل السبب[٤].

٤- الموجود بعد انعقاد السبب قبل تمامه يجعل كالموجود عند ابتداء السبب[٥].

٥- الحادث بعد انعقاد السبب يلتحق بالموجود وقت السبب[٦].

---

(١) المبسوط للسرخسي ١٠/١٠٢، وقد وردت بلفظ: (الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه يجعل كالموجود عند ابتداء السبب) تبيين الحقائق للزيلعي ٤/١٧٧.

(٢) فتح القدير لابن الهمام ٦/٧٧، العناية شرح البداية للبابرتي ٨/١٣٤، البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم ٥/١٤١.

(٣) السير الكبير لمحمد الشيباني ٢/٦٨٤.

(٤) المبسوط للسرخسي ١٩/١٠٨.

(٥) شرح السير الكبير للسرخسي ٥/١٩-١٥.

(٦) المبسوط للسرخسي ١١/٦٠.

قواعد ذات علاقة :

١- الطارئ هل هو كالمقارن؟[١]. (عموم وخصوص مطلق).

٢- يقدم المانع على المقتضي سواء جاءا معًا أو طرأ المانع على المقتضي قبل حصول المقصود من المقتضي[٢]. (متفرعة).

٣- العارض من السبب لا يؤثر فيما انتهى حكمه بالاستيفاء[٣]. (قسيمة).

٤- الحادث بعد تمام السبب وقبل تمام الملك بمنزلة المقترن بأصل السبب[٤]. (متفرعة).

٥- الموجود بعد العقد قبل القبض كالمقترن بالعقد[٥]. (متفرعة).

٦- العيب الطارئ قبل القبض كالمقارن للعقد[٦]. (متفرعة).

٧- ما يكون شرطًا لوجوب القضاء يراعى وجوده إلى وقت الاستيفاء[٧]. (متفرع).

٨- المعترض بعد القضاء قبل الاستيفاء كالمقترن بأصل السبب[٨]. (متفرع).

---

(١) انظرها: بلفظها في قسم القواعد الفقهية من المعلمة.

(٢) انظر: شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقا ٢٥١/١. وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "المانع مقدم على المقتضي".

(٣) انظر: المبسوط للسرخسي ١٦٤/٢٥. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٤) انظر: المبسوط للسرخسي ٤٩/٢٨.

(٥) المبسوط للسرخسي ١٤٨/١٣، ووردت عنده في موضع آخر بلفظ: "الطارئ قبل تمام العقد كالمقترن بأصل العقد" المبسوط للسرخسي ١٢٣/٢٣. وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "الطارئ بعد العقد قبل حصول المقصود به كالمقترن للعقد ".

(٦) تكملة السبكي للمجموع ١٢٤/١٢، ووردت بلفظ: "العيب الحادث قبل القبض كالموجود عند العقد بدائع الصنائع" للكاساني ٢٧٧/٥.

(٧) العناية شرح الهداية للبابرتي ٣٨٩/٧.

(٨) المبسوط للسرخسي ١٨٧/٩.

شرح القاعدة:

«حدُّ الحادث أنه الموجود بعد العدم، أو الكائن بعد أن لم يكن»[١]. وهذا المعنى هو المقصود عند الفقهاء من الطارئ والعارض إذ إن اللفظتين مترادفتان يراد منهما الشيء الحادث فجأة، وما هو على خلاف الأصل[٢].

والتصرفات الصادرة عن المكلف، من عبادات ومعاملات، لها أسباب وشروط وموانع معتبرة عند ابتدائها كي تترتب على الأسباب مسبباتُها، وعلى الشروط صحةُ أو بطلانُ ما دخلت عليه، وعلى الموانع عدم ترتب الأحكام، ومن ثم عدم ترتب الآثار والاستحقاقات التي أنشئ التصرف ابتغاء استجلابها وتحصيلها.

ومعنى القاعدة أن التصرف إذا تم وانعقد سببه مستوفيًا الشروط خاليًا من الموانع، أو وجدت أسباب أو صفات أوجبت للمكلف حقًا أو أسقطته عنه، ولكن قبل تمام المقصود وحصول المطلوب حدث طارئ أو عارض لو كان موجودًا عند ابتداء السبب لكان له تأثير في الحكم، اعتُبر هذا الحادث الطارئ كأنه كان موجودًا بالفعل عند ابتداء السبب، ومن ثم تترتب عليه أحكامه وآثاره ونتائجه. فإذا كان من الموانع أفسد التصرف، وإذا كان من الأسباب والشروط الموجبة ترتب على وجود السبب وجود المسبَّب.

فالحادث أو الطارئ في القاعدة عام يشمل جانب المنع كما يشمل جانب الإيجاب، بينما هو في قاعدة: «الطارئ هل هو كالمقارن؟» مقيَّد - في الغالب - بما كان من الموانع ولذلك كان من صيغها «المانع الطارئ هل ينزل منزلة المقارن».

---

(١) المستصفى للغزالي ١/ ٢٤، وانظر: منازل الحروف للرماني ١/ ٧٥.

(٢) انظر: الفروق للقرافي ٢/ ١٧٣، معجم لغة الفقهاء لمحمد قلعجي ١/ ٢٨٧، رفع الحرج ليعقوب الباحسين ١/ ١٩٣.

وأما من حيث زمان وقوع الطارئ فالقاعدة مقيَّدة بما قبل حصول المقصود لا بما بعد حصوله وتمامه، أي إنها خاصة بمرحلة ما بين انعقاد السبب إلى تمامه، بينما قاعدة: «الطارئ هل ينزَّل منزلة المقارن؟» لم يُفرِّق الفقهاء فيها بين ما قبل وما بعد إتمام السبب وحصول مقصود الحكم أو التصرف أو المعاملة، فالفقهاء عندما تحدثوا -مثلاً- عن الفساد الطارئ هل يكون كالمقارن؟ لم يميزوا بين أن يكون الفساد قبل حصول المقصود من العقد أو بعد حصوله، إذ إن ما بعد حصول المقصود لا خلاف في عدم اعتبار الطارئ فيه، وأما قبل ذلك فهو على مطلق الخلاف، هل يجعل كالمقارن أم لا؟ بينما تحدث عنها الحنفية انطلاقًا من هذا التمييز، حيث رأوا أن الطارئ قبل حصول المقصود وتمام السبب يُجعل كالمقارن قولاً واحدًا، وطردوا حكم تنزيل الطارئ منزلة المقارن إذا لم يتم تحقق المقصود، وأعملوا القاعدة بإطلاق[1]، ومن ثم خالفوا غيرهم في مسائل منها:

١- من وجد الماء أثناء الصلاة بالتيمم، بطلت صلاته عند أبي حنيفة ووجب عليه أن يتوضأ ويعيد الصلاة[2] خلافًا لمالك والشافعي.

٢- الذي دخل في صيام الكفارة وقبل أن يتمه وجد الرقبة فيبطل صومه عند الحنفية ويرجع إلى الرقبة خلافًا للجمهور[3].

٣- من زنى بامرأة ثم تزوجها قبل أن يقام عليه الحد فإنه يسقط عنه الحد في رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف، وظاهر الرواية عنهما أن عليه الحد؛ وهي المعتمدة في المذهب وفاقًا للجمهور[4].

---

(١) انظر: قاعدة: "الطارئ هل هو كالمقارن" في قسم القواعد الفقهية من المعلمة.

(٢) أحكام القرآن للجصاص ٤٩/٢، الحاوي الكبير للماوردي ٢٥٢/١، الكافي لابن عبد البر ص٣٠، حاشية الدسوقي ٢٠٤/١.

(٣) اختلاف العلماء للمروزي ص ١٨٨، ١٨٩، أحكام القرآن للجصاص ٣٧٠/١.

(٤) انظر: المبسوط للسرخسي ١٣٢/٩، بدائع الصنائع للكاساني ٦٢/٧، الفتاوى الهندية ١٥١/٢، المحلى لابن حزم ٢٥٢/١١.

بل وُجد هذا التميز عندهم حتى في مسألة تقديم المانع على المقتضي إذا تقدم المقتضي على المانع ولم يتواردا على المحل في وقت واحد ما دام لم يتم المقصود من المقتضي، وهو مضمون القاعدة: «يقدم المانع على المقتضي سواءً جاءا معًا أو طرأ المانع على المقتضي قبل حصول المقصود من المقتضي».

وقاعدتنا تبين أنه إذا تم المقصود من العقد بالقبض، أو من القضاء بتنفيذ الحكم وحصول الاستيفاء أو من التبرع بقبض المتبرع به... إلخ، فلا عبرة بعد ذلك بالحادث أو الطارئ، أي أن هذا العارض لا يجعل كالمقترن بأصل السبب في هذه الحالة، وهذا ما دلت عليه قسيمتها: «العارض من السبب لا يؤثر فيما انتهى حكمه بالاستيفاء»، وفرَّع الحنفية على القاعدة التي بين أيدينا قواعد وضوابط عديدة منها: «الحادث بعد تمام السبب وقبل تمام الملك بمنزلة المقترن بأصل السبب»، و«الموجود بعد العقد قبل القبض كالمقترن بالعقد»، و«ما يكون شرطًا لوجوب القضاء يراعى وجوده إلى وقت الاستيفاء»، و«المعترض بعد القضاء قبل الاستيفاء في الحد كالمقترن بأصل السبب».

والقاعدة لم ترد - حسب ما أمكن الاطلاع عليه - عند غير الحنفية، وإن وافقهم بعض فقهاء المذاهب الأخرى في بعض المسائل التي تندرج تحتها، ومن ذلك اتفاق الشافعية وغيرهم مع الحنفية على أن العصير إذا تخمَّر بعد العقد قبل القبض انفسخ العقد حيث علّلوا ذلك بأن العصير حينما تخمّر زالت عنه صفة المالية، وليس لأن هذا حادث قبل تمام المقصود من العقد[1]، واتفاق الشافعية معهم في القاعدة المتفرعة «العيب الطارئ قبل القبض كالمقارن للعقد».

---

(١) انظر: أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٢/ ٨.

أدلة القاعدة :

١- قال السرخسي: «العقوبات تندرئ بالشبهات استحسانًا فيجعل المعترض قبل الاستيفاء شبهة مانعة كالمقترن بأصل السبب، ثم المقصود في العقوبات الاستيفاء، ولهذا لو رجع الشهود قبل الاستيفاء امتنع الاستيفاء، وقد بينا أن في الحدود التي هي حق الله تعالى تمام القضاء بالاستيفاء، فما يعترض قبل الاستيفاء من إسلام المقضي عليه يجعل كالموجود قبل القضاء»[١].

٢- الدليل من المعقول أن الأصل حصول المسبَّبات بحصول أسبابها بينما المانع يمنع من ذلك عند ابتداء التصرف أو الحكم، فإذا حدث السبب الموجب أو المانع قبل أن يتمّ المقصود من التصرف أو الحكم أمكن أن يكون لهما نفس الأثر، لأن الأمور بمقاصدها، فلا يمكن عدم اعتبارهما والنتيجة من الحكم أو التصرف لم تتمّ بعد.

تطبيقات القاعدة :

١- إذا قال أمير الجيش: من قتل قتيلاً فله سلبه[٢]، ثم لحقهم مدد من المسلمين، فقتل رجل من المسلمين منهم قتيلاً، كان له سلبه، لأن المدد في استحقاق الشركة في الغنيمة يكون كالحاضر وقت التّنفيل[٣]، فله سلب قتيله، علم بمقالة الأمير أو لم يعلم. ولو جاء مع المدد أمير آخر وعزل الأمير الأول بطل التّنفيل فيما يستقبلون، لأن

---

(١) انظر: المبسوط ٩/٧٤.

(٢) السَّلَب بفتح اللام، وهو شرعًا أخذُ ما يتعلّق بقتيل كافر من ملبوس ونحوه. انظر: إعانة الطالبين للدمياطي ٢/٢٠٤.

(٣) التّنفيل هو إعطاء الإمام الفارسَ أو الراجلَ فوق سهمه، وهو من النّفل. قواعد البركتي ١/٢٣٨.

صحّة تنفيله باعتبار ولايته، وقد زالت ولايته بالعزل. والعارض قبل حصول المقصود بالشيء كالمقترن بأصل السبب[١].

٢- إذا وهب المسروقُ منه المال إلى السارق أو باعه منه؛ فإن كان قبل قضاء القاضي بالقطع سقط القطع عنه لانقطاع خصومته، وإن كان بعد القضاء فكذلك. وحجتنا في ذلك أن انتفاء ملك السارق عن المسروق شرط لوجوب القطع عليه، وما يكون شرطًا لوجوب القطع عليه يراعى قيامه إلى وقت الاستيفاء، فإذا حدث ما يُثبت ملك السارق للمسروق جُعل كالمقترن بأصل السبب، أي كأنه كان في ملكه عند أخذه[٢]، لأن الحادث بعد انعقاد السبب قبل إتمامه يجعل كالموجود عند ابتداء السبب.

٣- إذا أدّى رجل بعض صلاة العصر في الوقت ثم غربت الشمس وعليه صلاة أو صلاتان قبلها وهو ذاكر لها، فإنه يقطع الصلاة بعد الغروب ثم يبدأ بالفائتة، لأن الوقت قابل للقضاء والمسقط للترتيب من الضيق قد انعدم بالغروب وصار الوقت واسعًا، لأن المعترض في خلال الصلاة كالموجود عند افتتاحها كالمتيمم إذا وجد الماء والعاري إذا وجد الثوب[٣] لأن الحادث بعد انعقاد السبب قبل إتمامه يجعل كالموجود عند ابتداء السبب.

---

(١) انظر: السير الكبير لمحمد الشيباني ٢/٦٨٤.

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي ٩/١٧٦، وقد خالف غير الحنفية هذا الرأي، وفي ذلك يقول ابن العربي من المالكية: "إذا ملك السارقُ قبل أن يُقطع العينَ المسروقة بشراء أو هبة سقط القطع عند أبي حنيفة، والله تعالى يقول: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓا۟ أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨]، فإذا وجب القطع حقا لله تعالى لم يُسقطه شيء" أحكام القرآن ٢/١١٥. ويقول الجويني من الشافعية: "ومهما وجب حد، فلا أثر لما يطرأ بعد وجوبه في إسقاط الحد" نهاية المطلب ١٧/٢٤٦.

(٣) انظر: الجوهرة النيرة للعبادي ١/٢٧١.

٤- إذا سرق رجل من امرأة ثم تزوجها لا تقطع يده، لأنه لو كان النكاح قائمًا بينهما وقت السرقة لم يقطع وإن لم تزفّ إليه، فكذلك إذا اعترض النكاح لأن العارض بعد وجوب الحد قبل استيفائه كالمقترن بأصل السبب[1].

٥- الولد الذي يحدث من المبيع بعد البيع قبل القبض يجعل كالموجود عند ابتداء العقد في أنه يصير معقودًا عليه ويكون له حصة من الثمن، إلا أنها غير مضمونة حتى لو هلك في يد البائع قبل القبض بغير فعل أحد هلك بغير شيء[2] لأن الحادث بعد انعقاد السبب قبل إتمامه يجعل كالموجود عند ابتداء السبب.

٦- إذا اشترى شخص عصيرًا وقبل أن يقبضه من بائعه تخمّر - أي أصبح خمرًا - بطل العقد كأن التخمّر حصل قبله. وإذا كان المشتري قد دفع الثمن فيجب على البائع رده[3] لأن الحادث بعد انعقاد السبب قبل إتمامه يجعل كالموجود عند ابتداء السبب.

٧- إذا اشترى شخص سلعة بفلوس نافقة[4]، ثم كسدت قبل القبض؛ انفسخ العقد عند أبي حنيفة رحمه الله، وعلى المشتري رد المبيع إن كان قائمًا، وقيمتَه أو مثلَه إن كان هالكًا، وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لا يبطل البيع، والبائع بالخيار إن شاء فسخ البيع، وإن شاء أخذ قيمة الفلوس، ووجه قول أبي حنيفة أن الفلوس بالكساد خرجت عن كونها ثمنًا؛ لأن ثمنيتها ثبتت باصطلاح الناس، فإذا ترك الناس التعامل بها عددًا؛ فقد زال عنها صفة الثمنية، ولا بيع بلا

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي ٩/١٩٠.

(٢) انظر: فتح القدير لابن الهمام ٦/٧٧.

(٣) موسوعة القواعد الفقهية للبورنو ٣/٣٤٧.

(٤) أي: رائجة. انظر: درر الحكام شرح غرر الأحكام لملا خسرو ٧/٤٧٧.

ثمن، فينفسخ ضرورة[١]. وعلى كلا القولين فالحادث بعد انعقاد السبب قبل إتمامه يجعل كالموجود عند ابتداء السبب.

٨- إذا عُدِّل الشاهد ثم طرأ عليه الفسق قبل القضاء كان ذلك كالفسق المقارن، أي كأنه كان فاسقًا عندما عُدِّل، لأن الحادث بعد انعقاد السبب قبل إتمامه يجعل كالموجود عند ابتداء السبب[٢].

٩- إذا اشترى شخص أرضًا فيها نخل أو شجر من دون ثمار، ثم أثمر في يد البائع بعد البيع قبل القبض، ثم جاء الشفيع فإنه يأخذ الأرض والنخل والثمر، وليس له أن يأخذ بعضها دون بعض ويكون عليه جميع الثمن[٣]، لأن الحادث بعد انعقاد السبب قبل إتمامه يجعل كالموجود عند ابتداء السبب.

١٠- إذا اشترى شخص من غيره سلعة ولم يُسلم له الثمن، فعرض عارض من نحو حرب أو غيرها فألغيت العملة الورقية التي تعاقدا عليها ولم تعد ذات قيمة، فإن هذا الحادث بعد انعقاد السبب قبل إتمامه يجعل كالموجود عند ابتداء السبب، فيفسد العقد ولا يلزم البائع أخذ عملة لا قيمة لها[٤].

د. رحال إسماعيل بالعادل

* * *

(١) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٥/ ٢٤٢.
(٢) انظر: تكملة رد المحتار لابن عابدين ١/ ٤٩٧.
(٣) الفتاوى الهندية للشيخ نظام وجماعة من علماء الهند ٥/ ١٨٠.
(٤) تخريجا على رأي الأحناف في التطبيق السابع من تطبيقات القاعدة.



رقم القاعدة: ٣٦٣

نص القاعدة: الخَطَأُ لا يُسْتَدَامُ ولكِنَّه يُرْجَعُ عَنْه[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- ما يجوز التمادي على الخطأ[٢].

٢- لا سبيل إلى الاستمرار على الخطأ[٣].

٣- لا يقر الإنسان نفسه على الخطأ[٤].

٤- لا يحل إمضاء الخطأ[٥].

٥- تصحيح الخطأ أمر واجب شرعًا[٦].

٦- الواجب على الإنسان أن يرجع إلى الصواب إذا بُيِّن له[٧].

٧- لا يجوز للمسلم أن يتمادى في خطئه[٨].

---

(١) شرح السير الكبير للسرخسي٥/٢٢٢٨.

(٢) المحلى لابن حزم ٥/٧٠ وفي لفظ: الواجب على المرء ترك الخطأ إذا عرف أنه خطأ. انظر: رسائل ابن حزم ٤/٣٢٦.

(٣) الشرح الكبير (فتح العزيز شرح الوجيز) للرافعي ٣/٢٠٧، نهاية الأحكام للحلي ١/٤٠١.

(٤) شرح رياض الصالحين لابن عثيمين، باب المحافظة على الأعمال ٢/٢٤٠.

(٥) انظر: المحلى ٩/٣٣٨. وراجع أيضًا: إحكام الأحكام لابن حزم ٦/٢٠٦.

(٦) انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية ١٢/٥٦.

(٧) المنتقى من فتاوى الشيخ الفوزان، الفتوى رقم ١٩٨.

(٨) فتاوى الشبكة الإسلامية، الفتوى رقم ٢٠٨٣٣.

قواعد ذات علاقة :

١- لا عبرة بالظن البين خطؤه[١]. (متكاملة).

٢- الخطأ مرفوع شرعًا[٢]. (متكاملة).

شرح القاعدة :

المراد بالخطأ في هذه القاعدة، هو ما قابل الصواب، قال في لسان العرب: «الْخَطَأُ وَالْخَطَاءُ ضِدُّ الصَّوَابِ، وقد أَخْطَأَ»[٣].

ومعنى القاعدة: لا يسوغ البقاء على الخطأ المتحقق والاستمرار فيه والإصرار عليه، بل يجب الرجوع عنه متى ظهر لصاحبه يقينًا أنه خطأ.

وهذه القاعدة بمثابة مبدأ عام وأصل كلي ليس في هذه الشريعة الغراء فحسب، بل وعند سائر العقلاء كذلك، فلا يتصور أن يكون التمادي في الخطأ بعد ظهوره وتبيُّنه يكون مقبولاً عند أحد من أصحاب الفطرة السليمة، ولا يختلف اثنان في أن الخطأ لا تجوز استدامته شرعًا ولا عرفًا، بل يجب تركه، وتلافي آثاره وتداركها ما أمكن.

والخطأ وإن كان موضوعًا عن المكلفين لا يؤاخذ به شرعًا، إلا أن «تصحيح الفساد والخطأ أمر واجب شرعًا متى عرفه الإنسان، سواء أكان ذلك في العبادات: كمن اجتهد في معرفة القبلة وصلى، ثم تبين الخطأ أثناء الصلاة، فيجب تصحيح هذا الخطأ بالاتجاه إلى القبلة، وإلا فسدت الصلاة. أم كان ذلك في المعاملات: كالبيع بشرط مفسد للعقد، فيجب إسقاط هذا الشرط ليصح

---

(١) المنثور للزركشي ٢/٣٥٣، أشباه السيوطي ص ١٥٧، وانظرها في قسم القواعد الفقهية.

(٢) تبيين الحقائق للزيلعي ٦/٥٤. وبنحوه في بدائع الصنائع للكاساني ٧/١٤٨، وانظرها في قسم القواعد الفقهية.

(٣) لسان العرب لابن منظور ١/٦٥. مادة "خطأ".

البيع، وإلا وجب فسخ البيع دفعًا للفساد»[١]، وكذلك يقال في باب الحكم والقضاء والإفتاء، وفي مجال الاجتهاد، والتعليم والمناظرة، وغيرها، فمتى علم الإنسان الخطأ وجب الإقلاع عنه ولزم الرجوع إلى الصواب.

وهذه القاعدة - بالإضافة إلى كونها قاعدة فقهية تعالج قضية يترتب عليها الحرمة أوالوجوب في كافة الأبواب الفقهية - قاعدة مهمة في مجال الأخلاق والآداب الإسلامية التي ينبغي أن يتحلى بها كل مسلم، فلا ضير في أن يخطئ المرء؛ إذ إن الخطأ صفة ملازمة للبشر، لكن قبيح بالشخص أن يكابر ويعاند ويتمادى في الباطل، ويصر على الخطأ، بل الواجب على الإنسان إذا استيقن من خطئه أن يرجع عنه ويعود إلى الصواب؛ لأن الرجوع إلى الحق فضيلة، والحق أحق بالاتباع، فالواجب على من أخطأ الاعتراف بالخطأ والرجوع للحق، وذلك عين الكمال إنما العار دنيًا وأخرى في الإصرار على الخطأ بعد ظهوره وغمط الحق ورده[٢]، والناظر في السنة النبوية وحياة الصحابة والتابعين وغيرهم من السلف الصالح يجد أمثلة جمة وتطبيقات عملية لا تحصى لهذه القاعدة.

ومع أن الأصل أن التمادي على الخطأ لا يجوز والرجوع عنه واجب شرعًا، إلا أن هذا الحكم يتأكد في كل موضع يترتب على الخطأ فيه محظور أشد، والعكس كذلك. ولا يقال إن الخطأ قد يكون في أمر مباح أو أمر تافه لا يترتب على الخطأ فيه كبير أثر؛ لأن الخطأ وإن كان في مثل هذه الأمور إلا أنه يدل على المكابرة وعدم الإذعان للحق، وهذا في حد ذاته أمر مذموم شرعًا وعرفًا.

---

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية ١٢/٥٦.

(٢) انظر: فتح العلي المالك لعليش ٢/٧٥.

وهذه القاعدة لها علاقة وثيقة بالقاعدة الأخرى «لا عبرة بالظن البين خطؤه» فإنها تعني أن ما بني على ظن خطأ لاغ لا يترتب عليه أي أثر شرعي، بينما تقول القاعدة التي بين أيدينا إذا تبين الخطأ في أمر ما وجب تركه والرجوع عنه إلى وجه الصواب فيه، فعلى ذلك تكون كل واحدة من القاعدتين مكملة للأخرى.

والقاعدة مقيدة في باب العبادة بأن يكون الخطأ في أمر يشترط فيه تعيين الشيء، فإن كان فيما لا يشترط فيه تعيين فإن الخطأ فيه لا يضر كما نطقت بذلك القاعدة الأخرى «الخطأ فيما لا يشترط فيه التعيين لا يضر»[1].

أدلة القاعدة:

١- عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال: «بينما الناس بقباء في صلاة الصبح إذ جاءهم آت فقال: إن النبي ﷺ قد أنزل عليه الليلة قرآن وقد أمر أن يستقبل القبلة فاستقبلوها. وكانت وجوههم إلى الشام فاستداروا إلى الكعبة»[2].

وجه الدلالة من الحديث هو أن أهل قباء لما أخبروا بتحويل القبلة، وتبين لهم أن ما هم عليه الآن خطأ استداروا إلى القبلة، وتركوا حالتهم الأولى، وأقرهم النبي ﷺ على ذلك[3].

٢- وعن أبي عمير بن أنس قال: حدثني عمومة لي من الأنصار من أصحاب رسول الله ﷺ قال: «غُمَّ علينا هلال شوال فأصبحنا صيامًا

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٤.

(٢) رواه البخاري ٦/٢٢ (٤٤٩١) وفي مواضع أخر، ومسلم ١/٣٧٥ (٥٢٦)/(١٣).

(٣) انظر: المغني لابن قدامة ١/٢٦٦ - حيث قال ابن قدامة: وإن بان له يقين الخطأ في الصلاة بمشاهدة أو خبر عن يقين استدار إلى جهة الصواب وبنى كأهل قباء لما أخبروا بتحويل القبلة استداروا إليها وبنوا، الموسوعة الفقهية ١٢/٦٢.

فجاء ركب من آخر النهار فشهدوا عند رسول اللَّه ﷺ أنهم رأوا الهلال بالأمس فأمر رسول اللَّه ﷺ أن يفطروا من يومهم وأن يخرجوا لعيدهم من الغد»[(١)].

فقد أمر النبي ﷺ الناس بالإفطار لما ثبت لهم أن اليوم لا يجب عليهم الصوم، فدل على أن الخطأ لا يستدام بل يرجع عنه.

٣- عن أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني - رضي الله تعالى عنهما - قالا: جاء أعرابي فقال: «يا رسول الله اقض بيننا بكتاب الله، فقام خصمه فقال: صدق، اقض بيننا بكتاب الله، فقال الأعرابي: إن ابني كان عسيفا على هذا فزنى بامرأته، فقالوا: لي على ابنك الرجم، ففديت ابني منه بمائة من الغنم ووليدة، ثم سألت أهل العلم، فقالوا: إنما على ابنك جلد مائة وتغريب عام، فقال النبي ﷺ: «لأقضين بينكما بكتاب الله: أما الوليدة والغنم فرد عليك وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام»[(٢)] فقد نقض النبي ﷺ الحكم الخطأ، ورده إلى الصواب.

٤- أثر عمر بن الخطاب رضي الله عنه ضمن الخطاب الذي أرسله إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عنه: «لا يمنعنك قضاءٌ قضيت فيه اليوم فراجعت فيه رأيك فهديت فيه لرشدك أن تراجع فيه الحق، فإن الحق قديم لا يبطله شيء، ومراجعة الحق خير من التمادي في الباطل»[(٣)] هذا الأثر صريح في أن الخطأ لا يستدام، بل يرجع عنه.

---

(١) رواه أحمد ٣٤/١٩١(٢٠٥٨٤)، وأبو داود ٢/١٢٧ (١١٥٠)، والنسائي ٣/١٨٠(١٥٥٧)، وابن ماجه ١/٥٢٩ (١٦٥٣).

(٢) رواه البخاري ٣/١٩١ (٢٧٢٤) وفي مواضع، ومسلم ٣/١٣٢٤- ١٣٢٥ (١٦٩٧/١٦٩٨).

(٣) أخرجه الدارقطني في سننه ٥/٣٦٩ (٤٤٧٢)، والبيهقي في الكبرى ١٠/٢٥٢ (٢٠٥٣٧)، وفي المعرفة ١٤/٢٤٠ (١٩٧٩٢)، وأبو نعيم في الحلية ١/٥٠، وهناد بن السري في الزهد ٢/٤٣٦، وابن عساكر في تاريخه ٣٢/٧١.

تطبيقات القاعدة:

١- لو أن قومًا من أهل الحرب، بلغهم الإسلام ولم يدروا كيف هو فغزاهم المسلمون فدعوا إلى أن يسلموا فأبى الأمير الذي على المسلمين أن يجيبهم إلى ذلك حتى قاتلهم وظهر عليهم فإنه ينبغي أن يعرض عليهم الإسلام؛ لأن القتال شرع لأجل الإسلام، وهؤلاء لما سألوا الإسلام فقد رغبوا فيه، فكان يجب على الإمام أن يصف لهم الإسلام قبل المقاتلة حتى يسلموا، فإذا قاتلهم ولم يصف لهم الإسلام، فقد أخطأ فيه، فعليه أن يرجع عن خطئه فيعرض عليهم الإسلام بعد الظهور عليهم؛ لأن الخطأ لا يستدام بل يرجع عنه(١).

٢- لو حكم القاضي بعد دعوى صحيحة وشهادة مستقيمة وأخطأ في حكمه وثبت خطؤه بإقرار الشاهد أو المحكوم له فينقض الحكم(٢)، وكذلك لو ظهر أن الحكم الذي قضى به حاكم غيره، أو بان له خطأ نفسه بأن كان الحكم خلافًا للمشروع لزمه الرجوع عنه(٣)؛ لأن الخطأ لا يستدام بل يرجع عنه.

٣- لو أن القاضي قضى لزوجة شخص بالنفقة، ثم تبين أنها لا تكفيها، فعليه أن يتدارك الخطأ بالقضاء لها بما يكفيها(٤)؛ لأن تصحيح الخطأ وتداركه أمر واجب شرعًا.

٤- من اشتبهت عليه القبلة فاجتهد لكنه أخطأ في اجتهاده، وبان له يقين الخطأ وهو في الصلاة - بمشاهدة أو خبر عن يقين - فإنه لا يجوز له

---

(١) انظر: شرح السير الكبير للسرخسي ٥/٢٢٢٧ - ٢٢٢٨.
(٢) انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٤/٦٣٠.
(٣) انظر: المرجع السابق، الذخيرة للقرافي ٧/٢٣٣، المغني لابن قدامة ١٠/١٠٣.
(٤) انظر: المبسوط للسرخسي ٥/١٨٦، البحر الرائق لابن نجيم ٤/٢٠٢.

الاستدامة على خطئه، ويجب عليه أن يتوجه إلى جهة الصواب[١]؛ لأن التمادي على الخطأ لا يجوز.

٥- إذا تبين لمفتٍ أنه أخطأ في الفتيا وجب عليه الرجوع عن الخطأ إذا أفتى في واقعة أخرى مماثلة[٢]؛ بناءً على موجب هذه القاعدة

٦- عقد المساقاة إن ذكر فيه مدة يحتمل أن يثمر الشجر خلالها صح، وإن ذكر مدة لا يثمر خلالها يصح أيضًا لعدم التيقن بفوات المقصود، ثم إن خرج الثمر خلال هذه المدة المحتملة صحت، وإن تأخر عنها فسدت؛ لأنه تبين الخطأ في المدة المسماة[٣]، وبعد أن تبين الخطأ لا يجوز الاستمرار عليه

٧- من جحد وجوب الزكاة جهلاً به - ومثله يجهل لقريب العهد بالإسلام والناشئ ببادية بعيدة يخفى عليه - عُرِّف وجوبها ليرجع عن الخطأ، ولم يحكم بكفره؛ لأنه معذور؛ فإن أصر كفر إجماعًا لأنه مكذب لله ولرسوله.

٨- يجوز لوالي بلدة أن يعقد الهدنة مع أهل الحرب إذا رأى مصلحة في ذلك، فإن بان خطؤه، وعلم الإمام بعدم وجود المصلحة فيها نقضها[٤]؛ لأن الاستمرار على الخطأ لا يجوز .

---

(١) لكن هل يستأنف صلاته أو يبني على ما مضى من صلاته؟ فيه خلاف بين الفقهاء. انظر: البحر الرائق ٢/٢٨٦، الذخيرة للقرافي ٢/١٣٢، الحاوي الكبير للماوردي ٢/٨٤، الشرح الكبير لابن قدامة شمس الدين ١/٤٦٦، الجامع للشرائع للحلي ١/٦٤، الانتصار على علماء الأمصار للمؤيد بالله يحيى بن حمزة الحسيني الزيدي ٢/٦٤٥، شرح النيل لأطفيش ٢/٨٠.

(٢) انظر: المجموع للنووي ١/٤٥، الموسوعة الفقهية ٣٢/٤٤.

(٣) انظر: الهداية للمرغيناني ٤/٥٩.

(٤) انظر: تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ٩/٢٣١، حواشي الشرواني ٩/٣٠٥.

٩- لو ظهر المبيع مستحقًا لشخص آخر غير البائع، فيجب في هذه الحال استرداد الثمن من البائع، ورفع العقد، ولايجوز تقرير البيع مع فساده بسبب الاستحقاق[1]؛ لأن تقريره مع تبين خطئه وفساده استمرار على الخطأ، وهو لا يجوز.

د. محمد خالد عبد الهادي هدايت

* * *

(١) انظر: موسوعة القواعد الفقهية ٥٧٥/٨.

رقم القاعدة: ٣٦٤

نص القاعدة: الْأَصْلُ عَدَمُ التَّدَاخُلِ[(١)].

صيغ أخرى للقاعدة :

١- التداخل على خلاف الأصل[(٢)].

٢- الأصل والقياس عدم التداخل مع تماثل الأسباب[(٣)].

قواعد ذات علاقة :

١- الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت زواله[(٤)].(أعم) .

٢- الأصل في الأمور العارضة العدم[(٥)].(أعم) .

٣- الأصل تعدد الأحكام بتعدد الأسباب[(٦)]. (معللة بها).

٤- الأصل عدم الترخص[(٧)]. (معللة بها) .

---

(١) قواعد المقري، القاعدة رقم ٦٧٦، الروض المبهج شرح التكميل لميارة ص ١١٥، بدائع الصنائع للكاساني ٣٠٣/٧، الذخيرة للقرافي ٢٤٣/٣ و١١٦/٥، الفروع لابن مفلح ٧٧/٣، الإنصاف للمرداوي ٣١٤/٣.

(٢) قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ٢٥٢/١، الفروق للقرافي ٣٠/٢.

(٣) تهذيب الفروق للمالكي ٣٧/٢-٣٨.

(٤) المغني لابن قدامة ٢٦٦/١٠، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٥) المدخل الفقهي العام للزرقا ٩٨٢/٢، الوجيز للبورنو ص ١٨٤، نظرية التقعيد الفقهي للروكي ص ١٦١، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٦) قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ٢٥٢/١، تقويم النظر لابن الدهان ١٠٠/٢، وانظرها في قسم القواعد الأصولية بلفظ: "الحكم يتكرر بتكرر سببه إلا في موضع فيه الضرورة".

(٧) أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٣٤١/٢.

٥- يتعدد الجزاء بتعدد سببه[١]. (أخص) .

٦- لا تداخل في أعمال العبادات[٢]. (أخص) .

٧- لا تداخل في حقوق العباد[٣]. (أخص) .

٨- لا تداخل في الكفارات[٤]. (أخص) .

٩- الحقوق المالية لا تتداخل[٥]. (أخص) .

١٠- إذا اجتمع أمران من جنس واحد، ولم يختلف مقصودهما: دخل أحدهما في الآخر غالبًا[٦]. (استثناء) .

شرح القاعدة :

التداخل في اللغة: تشابه الأمور والتباسها ودخول بعضها في بعض[٧].

وفي الاصطلاح: ترتب حكم واحد عند اجتماع أمرين أو أكثر من جنس واحد لحصول المقصود به.

وأثر التداخل هو الخروج من عهدة التكليف عند اجتماع أحكام على

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٤٤٨، وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "يتعدد الجزاء بتعدد الجناية".

(٢) المبسوط للسرخسي ٢٨/٤، ووردت في تبيين الحقائق للزيلعي٤٢/٢ بلفظ: "لا تداخل في العبادة".

(٣) الدر المختار للحصكفي ١١٧/٢، تبيين الحقائق للزيلعي ٢٠٧/٣، وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "حقوق العباد لا تتداخل".

(٤) قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ٢٥٢/١، وانظر: قاعدة: "الكفارات إذا اجتمعت تداخلت" في قسم القواعد الفقهية.

(٥) أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٤٢٩/١، مغني المحتاج للشربيني ٤٤١/١.

(٦) الأشباه والنظائر للسبكي ٩٥/١، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٢٦، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١١٢، وأشار إليها الزركشي في المنثور ٢٦٩/١ تحت عنوان: التداخل يدخل في ضروب، وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "الأسباب إذا تساوت موجباتها اكتفي بأحدها".

(٧) انظر: لسان العرب لابن منظور ٢٣٩/١١، القاموس المحيط للفيروز آبادي ص٩٩٨، مادة: دخل.

المكلف بفعله واحدًا منها، كما لو اجتمع حدث أصغر وجنابة، دخل أحدهما في الآخر، فيكتفي بغسل واحد.

ومعنى القاعدة أنه إذا ترتب في ذمة المكلف حقوق متعددة، بسبب واحد أو أسباب مختلفة فإنها لا تتداخل، بل يجب عليه أن يؤديها كلها، ولا يجزئه الاقتصار على بعضها، سواء أكان حقًا من حقوق الله تعالى؛ كالزكاة والكفارات، أو حقًا من حقوق العباد؛ كأثمان المشتريات، وقيم المتلفات، والأروش والديات، وذلك لأن «الأصل تعدد المسببات بتعدد الأسباب، إلا بدليل على التداخل»[١]، فمن نذر حجًا أو عمرة لله تعالى وهو لم يؤد الفريضة، فأحرم بحجتين أو عمرتين، ونوى الفرض والنذر، انعقد له حج واحد، وعمرة واحدة، ولو جامع الصائم في أيام مختلفة من رمضان لزمته كفارة بعدد الأيام التي أفطرها؛ لتعدد العبادات التي وقعت عليها الجنايات[٢].

فالتداخل ليس هو الأصل في أحكام الشريعة، بل هو حالة استثنائية، مبنية على الترخيص والتخفيف، ولذلك لا يناط بالشك، ولا يصار إليه إلا بيقين، ولا يثبت إلا بدليل صحيح صريح، ولا يكون إلا في صور معينة، قام الدليل على جواز التداخل فيها، تضبطها قاعدة: «إذا اجتمع أمران من جنس واحد، ولم يختلف مقصودهما: دخل أحدهما في الآخر غالبًا»[٣]. وهو واقع في الشريعة في العبادات والعقوبات والإتلافات[٤]، وتحديدًا في أبواب الطهارة والصلاة والصيام والحج والكفارات والحدود والأموال[٥].

وهذه القاعدة تعد أصلاً من أصول الترجيح في مواطن الشك والنزاع التي

---

(١) انظر: قواعد المقري ٣/٤٩٣.

(٢) انظر: قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ١/٢٥٢.

(٣) الأشباه والنظائر للسبكي ١/٩٥، الأشباه للسيوطي ص ١٢٦، الأشباه لابن نجيم ص ١١٢.

(٤) انظر: المنثور في القواعد للزركشي ١/٢٦٩- ٢٧٥.

(٥) انظر: الفروق للقرافي ٢/٢٩-٣٠، الذخيرة للقرافي ١٢/٨٤.

لا يعززها دليل، وهي محل اتفاق بين الفقهاء في أصلها، غير أنهم اختلفوا في بعض الفروع الفقهية التي يعدها البعض من تطبيقات القاعدة، بينما يراها آخرون استثناء من حكم القاعدة، كالخلاف فيمن حلف أيمانًا متعددة، ثم حنث فيها، وأراد أن يكفر عنها، فهل تتداخل الكفارات فتجزئه كفارة واحدة؟ أم لا تتداخل فيجب عليه لكل يمين كفارة؟ قال العز بن عبد السلام: «والمختار أن لا تداخل في الكفارات؛ لأن التداخل على خلاف الأصل»[(١)].

وهي من القواعد الواسعة التي تنتشر فروعها في جميع أبواب الفقه، وهي تشتمل على طائفة من القواعد والضوابط المتفرعة عنها والمشخصة لمعناها في مجال معين، وقد سبق ذكر بعضها في القواعد ذات العلاقة.

أدلة القاعدة:

١- لأن التداخل رخصة، و«الرخصة لا يصار إليها إلا بيقين»[(٢)]، و«لا تثبت إلا بدليل صحيح صريح»[(٣)]، فإذا وجد الشك والاحتمال وجب البقاء مع الأصل.

٢- لأن «الأصل تعدد الأحكام بتعدد الأسباب»[(٤)]، فلا يثبت خلافه إلا بدليل.

٣- قاعدة «اليقين لا يزول بالشك»[(٥)]. وأدلتها

---

(١) قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ١/٢٥٢.
(٢) إعانة الطالبين للبكري ١/٥٨.
(٣) المصفى لابن الوزير ١/١١٨.
(٤) قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ١/٢٥٢، تقويم النظر لابن الدهان ٢/١٠٠. وعبر عنه ابن الهمام في فتح القدير ٢/٢٣ بقوله: "الأصل أن لكل سبب حكمًا".
(٥) المجموع المذهب للعلائي ١/٧٠، القواعد للحصني ١/٢٦٨، الأشباه والنظائر للسيوطي ص٥٠، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٥٦، شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٧٩، المدخل الفقهي العام للزرقا ٢/٩٦٧. وهي إحدى القواعد الخمس الكبرى التي لا يكاد يخلو منها كتاب من كتب الفقه أو قواعده. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

تطبيقات القاعدة :

١- من أخر قضاء رمضان أو شيئًا منه مع إمكانه حتى دخل رمضان آخر، لزمه مع القضاء لكل يوم فدية، ولو تكررت الأعوام تكررت الفدية عن كل يوم ولا تتداخل؛ لأن الأصل عدمه[١].

٢- لا تُجزئ المكتوبة عن ركعتي الطواف؛ لأن الأصل عدم التداخل[٢].

٣- لا يرمي عن الصبي في الحج إلا من رمى عن نفسه، ولا يصح أن يدخل أحدهما في الآخر؛ لأن الأصل عدم تداخل الأعمال البدنية[٣].

٤- لو نذر أحد نذرين يتعدد منذورهما، ولا يتداخلان؛ لأن الأصل عدم التداخل[٤].

٥- لو ظاهر من امرأته مرارًا لزمه بكل ظهار كفارة، ولا تتداخل إلا أن ينوي التأكيد؛ إذ لا تداخل في كفارة الظهار[٥].

٦- إذا طلق رجل طلقتين، ولم ينو التأكيد يتعدد أثرهما، ولا يتداخلان، بل ينقص كل واحدة من العصمة طلقة؛ لأن الأصل عدم التداخل[٦].

٧- لو ولد توأمان عَقَّ عن كل واحد منهما، ولا تدخل عقيقة أحدهما في الأخرى؛ لأن الأصل عدم التداخل[٧].

---

(١) انظر: أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ١/٤٢٩، تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ٣/٤٤٥- ٤٤٦، مغني المحتاج للشربيني ٢/١٧٥-١٧٦.

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي ٤/٤٧، الذخيرة للقرافي ٣/٢٤٣.

(٣) انظر: الذخيرة للقرافي ٣/٢٩٨، التاج والإكليل للمواق ٣/٤٣٨.

(٤) انظر: الفروق للقرافي ٢/٣٠.

(٥) انظر: البحر الرائق لابن نجيم ٤/١٠٩.

(٦) انظر: الفروق للقرافي ٢/٣٠.

(٧) انظر: التاج والإكليل للمواق ٤/٣٨٩، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/١٢٦.

٨- المحرم إذا قتل صيدًا مملوكًا وجب عليه مع الجزاء القيمة لصاحبه، ولا يدخل أحدهما في الآخر(١).

٩- الدية تتعدد بتعدد الجناية؛ فإذا قطع شخص يد غيره فزال عقله فديتان؛ دية لليد ودية للعقل، ولو زال مع ذلك بصره فثلاث، ولا تتداخل(٢).

١٠- إذا كان لرجلين دينان على شخص واحد، فإنه يجب أداء الدينين، ولا يدخل أحدهما في الآخر(٣).

محمد عمر شفيق الندوي

* * *

---

(١) انظر: المنتقى شرح الموطأ للباجي ٢/٢٥١، المجموع للنووي ٧/٣٥٢.

(٢) انظر: شرح الخرشي على مختصر خليل ٨/٤٣، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٤/٢٧٩.

(٣) انظر: قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ١/٢٥١، مجموع فتاوى ابن تيمية ٣٢/٣٤٦.

رقم القاعدة: ٣٦٥

نص القاعدة: الأَصْغَرُ يَنْدَرِجُ في الأكْبَرِ[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- يدخل الأصغر في الأكبر[٢].

٢- الأصغر يدخل تحت الأكبر[٣].

٣- لا يدخل الأصغر في الأكبر[٤].

٤- الأصغر هل يندرج في الأكبر أو لا؟[٥].

قواعد ذات علاقة:

١- الأسباب إذا تساوت موجَباتها اكتفي بأحدها[٦]. (عموم وخصوص وجهي).

---

(١) شرح المنجور على المنهج المنتخب ١/٢٢٧، شرح اليواقيت الثمينة ١/١٩٢، إعداد المهج للشنقيطي ص ٦٦، ووردت بلفظ: "يندرج الأصغر في الأكبر" في طرح التثريب ٢/١٢٦.

(٢) روضة الطالبين للنووي ١/٩٧، الشرح الكبير للرافعي ١/٣٥٨، ٢/٢٢٥، شرح العمدة لابن تيمية ١/٣٧٨.

(٣) شرح نظم التكميل لميارة ص٦٣.

(٤) روضة الطالبين للنووي ١/٩٧.

(٥) إيضاح المسالك ص١٦٧، شرح المنجور على المنهج المنتخب ١/٢٢٧، إعداد المهج للشنقيطي ص ٦٦، شرح اليواقيت الثمينة للسجلماسي ١/١٩٢.

(٦) مواهب الجليل للحطاب ١/١٧٩، وهي قاعدة التداخل الشهيرة. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

٢- الواجب إذا قدر بشيء فعدل إلى ما فوقه هل يجزئه؟[١]. (متفرعة).

٣- الحد الأصغر ينطوي في الحد الأكبر[٢]. (متفرعة).

٤- تداخُل الأحكام إنما يكون مع اتحاد الجنس[٣]. (قيد).

٥- التداخل إنما يتحقق قبل الأداء لا بعده[٤]. (قيد).

٦- الأكبر لا يندرج تحت الأصغر[٥]. (مقابلة).

٧- الأقل تبع للأكثر[٦]. (مكملة).

شرح القاعدة:

المراد بالأصغر والأكبر في القاعدة: الأدنى مع الأعلى، كالأخص مع الأعم، والأضعف مع الأقوى، والجزء مع الكل.

ومعنى القاعدة: أنه إذا اجتمع أمران من جنس واحد وكان أحدهما أكبر من الآخر في قدره أو عدده أو مشقته أو في اعتبار الشرع له ونحو ذلك من أمور مما يكون سببًا في وصف هذا بالكبر وذاك بالصغر - فإن الأصغر يدخل في الأكبر؛ فيجزئ الكبير عن الصغير ويُستغنى عن الإتيان به بالإتيان بما هو أكبر

---

(١) المنثور للزركشي ٣/٣١٨، المقاصد السنية، الشعراني ص ١٩٧. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٢) التشريع الجنائي لعبد القادر عودة ٢/٣٤٢.

(٣) المغني لابن قدامة ٩/٤٠٧، ووردت بلفظ: التداخل يحصل في المتفق لا في المختلف " في التجريد للقدوري ٤/٢٠٩٧.

(٤) حاشية الطحطاوي على المراقي ٢/٦٦٨.

(٥) مواهب الجليل للحطاب ١/٣١٥، وانظر: البحر الخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار للعنسي الزيدي ٢/١٠٦.

(٦) المجموع للنووي ١٤/٢٤٤، الحاوي الكبير للماوردي٧/٣٢٦. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

منه، وتبرأ بذلك ذمة المكلف فلا يطالب بفعل الصغير، كما لو غسل المكلف رأسه في الوضوء بدل مسحه فإن غسل الرأس يغني عن مسحه، وكما لو حج قارنًا فإن أفعال الحج يدخل فيها أفعال العمرة فتجزئ عنها؛ إذ الأول في المثالين أصغر من الثاني فيدخل فيه ويستغنى به عنه.

وبهذا يتبين أن القاعدة تشتمل على معنيين:

الأول: أن يكلف الإنسان بشيء فيعدل عنه إلى ما هو أكبر منه فيأتي به بدلاً عما كلف به كما في غسل الرأس بدل مسحه وفي إخراج بعير عن شاة في خمس من الإبل، وقد بسط الكلام على هذا المعنى في قاعدة «الواجب إذا قدر بشيء فعدل إلى ما فوقه هل يجزئه؟».

الثاني: أن يكون هناك حكمان أحدهما أكبر من الآخر فيدخل الأصغر منهما في الأكبر، كما في مسألة حج القارن وكما لو كان عليه غسل جمعة وغسل جنابة فإنه يجزئه غسل الجنابة عن غسل الجمعة، وهذه هي قاعدة التداخل الشهيرة(١)، مع ملاحظة أن من فروع قاعدة التداخل ومسائلها ما لا يدخل تحت القاعدة التي بين أيدينا كما لو كان عليه غسلان واجبان أو مستحبان فإنه يكفيه غسل واحد، وهذا ليس فيه أصغر وأكبر، ولذا فإن العلاقة بين القاعدتين هي علاقة العموم والخصوص الوجهي.

والقاعدة قد أوردها المالكية في كتب قواعدهم بصورة الاستفهام؛ إشارة منهم إلى أنها خلافية عندهم، والمشهور في المذهب عندهم في أكثر فروعها هو الاندراج(٢).

وهي من قواعد الرفق بالمكلفين، والتيسير عليهم، ورفع الحرج عنهم،

---

(١) انظرها: في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "الأسباب إذا تساوت موجَباتها اكتفي بأحدها".

(٢) انظر: شرح المنهج المنتخب للمنجور ١/٢٧٧، ٢٧٨.

أما فيما يتعلق بمسائل التداخل فالأمر واضح، وأما فيما يتعلق بمسائل العدول إلى ما فوق الواجب فلإجازة فعل المكلف وعدم رده، وقد يكون الأعلى هو المتيسر له دون ما هو أقل منه.

أدلة القاعدة:

١- قاعدة «الأسباب إذا تساوت موجَباتها اكتفي بأحدها»[١] وأدلتها.

٢- قاعدة «الواجب إذا قدر بشيء فعدل إلى ما فوقه هل يجزئه؟»[٢] وأدلتها.

تطبيقات القاعدة:

١- من كان له خمس من الإبل، فيجب عليه أن يخرج عنها شاة في الزكاة؛ لكنه إذا أخرج عنها بعيراً بدل الشاة أجزأه ذلك[٣].

٢- غسل الرأس في الوضوء بدل مسحه يجزئ بناءً على موجب هذه القاعدة[٤].

٣- من اغتسل الغسل الواجب أجزأه عن الوضوء؛ لأن الأصغر يندرج في الأكبر[٥].

٤- إن انغمس في ماء مثلاً، ولم يحصل منه وضوء، وكذا إذا أفاض الماء على جسده ابتداء وذلك بنية رفع الأكبر ولم يستحضر الأصغر، جاز

(١) انظرها: بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٢) المرجع نفسه.

(٣) انظر: شرح المنهج المنتخب ١/٢٧٧، شرح مختصر خليل للخرشي ٢/١٤٩، المنثور للزركشي ٣/٣١٨.

(٤) انظر: شرح المنهج المنتخب ١/٢٧٧، المنثور ٣/٣١٨، المجموع المذهب ٢/١٠٣.

(٥) انظر: شرح المنهج المنتخب ١/٢٧٧، التاج والإكليل ١/٣١٨.

له أن يصلي به... والغسل يجزي عن الوضوء، فلو اغتسل ولم يبدأ بالوضوء ولا ختم به؛ لأجزأه غسله عن الوضوء لاشتماله عليه[١].

٥- لو نذر أن يبني لله مسجدًا وصَفَه أو يقف وقفًا وصَفَه، فبنى مسجدًا خيرًا منه ووقف وقفا خيرًا منه كان ذلك مجزئًا، بل يكون أفضل، ولو عينه فقال: لله علي أن أبني هذه الدار مسجدًا أو وقفها على الفقراء والمساكين. فبنى خيرًا منها ووقف خيرًا منها، أجزأ عنه، بل كان أفضل[٢].

٦- إذا أبان الرأس في الذبح حلت الذبيحة؛ لأن قطع الرأس فوق قطع المري والحلقوم[٣].

٧- تندرج دية الأعضاء في النفس[٤]؛ فمن كان عليه قصاص في الأطراف كيد أو رجل، ثم لزمه قصاص في النفس، فإنه يُكتفى بدية واحدة للنفس، ولا يقتص منه في الأطراف؛ لأن الأطراف تندرج في النفس، وهو من اندراج الأصغر في الأكبر.

٨- من لزمته حدود وقتل[٥]، كمن لزمته حدود السرقة وشرب الخمر أو غيرها، ثم لزمه ما يأتي على النفس، من قصاص أو زنًى بعد إحصان أو غيرها؛ فإن ما دون النفس من الحدود يندرج في النفس.

---

(١) حاشية الدسوقي ١/١٤٠.

(٢) انظر: مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ٣١/٢٤٨.

(٣) انظر: إيضاح المسالك ص٧٠، شرح المنهج المنتخب ١/٢٢٨.

(٤) انظر: السابق.

(٥) انظر: إيضاح المسالك ص٧٠، شرح المنهج المنتخب ١/٢٢٨.

استثناءات من القاعدة :

٩- من لزمته حدود وقتل، فالقتل يجزئه عن ذلك كله إلا في القذف، فيحد قبل أن يقتل وذلك للحوق العار[١].

عبد الناصر حمدان بيومي

* * *

(١) انظر: شرح السجلماسي على المنهج ص ٩١.

رقم القاعدة: ٣٦٦

نص القاعدة: الإِسْلاَمُ يَعْلُو وَلاَ يُعْلَى عَلَيْه[١].

ومعها :

لا سبيل للكافرين على المؤمنين.

صيغ أخرى للقاعدة :

١- الإسلام يظهر، ولا يظهر عليه[٢].

٢- الإسلام يعلو ويَغلب[٣].

قواعد ذات علاقة :

١- ليس للمؤمن أن يذل نفسه[٤]. (أخص) .

٢- لا سبيل للكافرين على المؤمنين[٥]. (أخص) .

---

(١) المبسوط للسرخسي ١٢٨/١٧، قواعد الفقه للمجددي ص٥٨، الشرح الكبير للدردير١١٧/٤، أسنى المطالب للأنصاري ٤٩٩/٢، مغني المحتاج للشربيني ٣٢٩/٤، المغني لابن قدامة ٣٥/٦، مغني ذوي الأفهام لابن عبد الهادي ص ١٨٠، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٦٦٥/١، المحلى لابن حزم ٣٧١/٥، البحر الزخار للمرتضى ١٩٤/٥، معجم القواعد الفقهية الإباضية لهرموش، برقم: ٣٤.

(٢) التمهيد لابن عبد البر ١١٥/١١.

(٣) حاشية الجمل على شرح منهج الطلاب ١٩٤/٤، حاشية عميرة على شرح الجلال المحلي ٢٥٣/٣.

(٤) المبسوط للسرخسي ٥٦/١٦، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٥) تفسير المنار لمحمد رشيد رضا ٣٧٩/٥. وانظر: القواعد الفقهية لمحمد فاضل اللنكراني ٢٣٩/١.

٣- لا تجتمع شعائر الكفر مع شعائر الإسلام[١]. (أخص) .

٤- لا ولاية للكافر على المسلم في شيء[٢]. (أخص) .

٥- كل حكم بين مسلم وكافر فإنه يقضى فيه بحكم الإسلام[٣]. (أخص).

شرح القاعدة :

يعلو : من العلو؛ أي الإرتفاع، وهو ضد السفل، وعلا الشيءُ علواً: ارتفع، فهو عال وعليّ. والعلاء والعلا والمعلاة: الرفعة والشرف[٤]، ومنه قوله تعالى: ﴿وَأَنتُمُ ٱلْأَعْلَوْنَ إِن كُنتُم مُّؤْمِنِينَ﴾ [آل عمران: ١٣٩].

ومعنى القاعدة : أن الإسلام عالٍ على ما سواه وقاضٍ عليه، ولا يعلو عليه بل ولا يساويه ما سواه من دين أو نحلة أو مذهب أو قانون أو غير ذلك مما يعارضه وينازعه، فالعلو والعزة ملازمة لدين الإسلام وأهله، والذلة ملازمة للكفر وأهله، فكل تصرف في معاملة أو معاهدة أو مناكحة يؤدي إلى علو الكافر على المسلم أو تسلطه عليه فهو باطل.

فالإسلام بمقتضى شرفه ورفعته **يعلو بنفسه وبأحكامه**، فيقدّم على غيره، وتُعظم شعائره، فلا تجتمع شعائر الكفر مع شعائر الإسلام، وتقام على سبيل الإظهار والاشتهار، بل إذا كان المسلم في مكان لا يمكنه فيه إظهار شعائر الإسلام وجبت عليه الهجرة، ولو اجتمع أهل بلد على ترك شعيرة من شعائر الإسلام الظاهرة قوتلوا عليها. **والإسلام يعلو بأتباعه** فينأى بهم عن كل ما يوجب الذل والمهانة، ويترفع بهم عن كل موضع يخدش الكرامة، ويجرح المكانة،

---

(١) مجموع الفتاوى لابن تيمية ٦٥٥/٢٨.

(٢) أحكام القرآن للجصاص ١٧/٢، المبسوط للسرخسي ٢١٦/١٠، المغني لابن قدامة ٤١/٦.

(٣) المنتقى شرح الموطأ للباجي ١٨٧/٥.

(٤) انظر: معجم الصحاح للجوهري ص ٧٣١، لسان العرب لابن منظور ٨٣/١٥، القاموس المحيط للفيروز آبادي ص ١٣١٤.

فالمسلم الحق هو الذي يعتز بدينه وإسلامه، ويستعلي بعقيدته وإيمانه، ويتميز عن غيره في سلوكه وأخلاقه، وسمته ومظهره، ويترفع عن التشبه بغيره في عاداته وتقاليده؛ إذ العالي لا يتشبه بالداني، والمتبوع لا يكون تابعًا. قال الصنعاني في شرحه للقاعدة - الذي هو نص حديث نبوي: «فيه دليل على علو أهل الإسلام على أهل الأديان في كل أمر لإطلاقه، فالحق لأهل الإيمان إذا عارضهم غيرهم من أهل الملل»(١).

وعلو الإسلام وتميّزه ليس مبنيًا على الجنس ولا اللون ولا الجاه ولا الغنى ولا القوة ولا اللغة ولا أي معنى من المعاني المادية التي تعتز بها الجاهلية وتستعلي بها على الناس، بل هو نابع من أنه الدين الحق الذي رضيه الله لعباده، وأتمه وأكمله، وشرفه وأعزه وفضله على سائر الأديان والملل، فلا يقبل دينا غيره؛ كما قال تعالى: ﴿وَمَن يَبْتَغِ غَيْرَ ٱلْإِسْلَـٰمِ دِينًا فَلَن يُقْبَلَ مِنْهُ وَهُوَ فِى ٱلْـَٔاخِرَةِ مِنَ ٱلْخَـٰسِرِينَ﴾ [آل عمران: ٨٥]. وشرّف أتباعه تبعا لذلك بأن جعلهم خير أمة أخرجت للناس، بل حصر العزة في كتابه العزيز في نفسه ورسوله والمؤمنين فقال تعالى: ﴿وَلِلَّهِ ٱلْعِزَّةُ وَلِرَسُولِهِۦ وَلِلْمُؤْمِنِينَ وَلَـٰكِنَّ ٱلْمُنَـٰفِقِينَ لَا يَعْلَمُونَ﴾ [المنافقون: ٨]، فالمؤمن هو الأعلى، ودينه الإسلام يعلو ولا يعلى عليه، قال القرطبي في تفسير قوله تعالى: ﴿وَأَنتُمُ ٱلْأَعْلَوْنَ إِن كُنتُم مُّؤْمِنِينَ﴾ [آل عمران: ١٣٩]: «في هذه الآية بيان لفضل هذه الأمة؛ لأنه خاطبهم بما خاطب به أنبياءه، لأنه قال لموسى: ﴿إِنَّكَ أَنتَ ٱلْأَعْلَىٰ﴾ [سورة طه: ٦٨]، وقال لهذه الأمة: ﴿وَأَنتُمُ ٱلْأَعْلَوْنَ﴾، وهذه اللفظة مشتقة من اسمه الأعلى، فهو سبحانه العلي، وقال للمؤمنين: ﴿وَأَنتُمُ ٱلْأَعْلَوْنَ﴾»(٢).

---

(١) سبل السلام شرح بلوغ المرام للصنعاني ٢/٤٩٧.

(٢) تفسير القرطبي ٤/٢١٣.

ومما ينبغي التنبه له أنه ليس معنى علو الإسلام وعزة المسلم ظلم الآخرين والتعدي عليهم في مال أو عرض أو دم ولو كانوا كفارًا إلا بحق؛ قال تعالى: ﴿وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَـَٔانُ قَوْمٍ أَن صَدُّوكُمْ عَنِ ٱلْمَسْجِدِ ٱلْحَرَامِ أَن تَعْتَدُوا۟﴾ [المائدة: ٢]، ولأن شرع الله تعالى مبني على العدل والإنصاف والتنزه عن الظلم والاعتساف حتى مع الأعداء؛ قال تعالى: ﴿وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَـَٔانُ قَوْمٍ عَلَىٰٓ أَلَّا تَعْدِلُوا۟ ۚ ٱعْدِلُوا۟ هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ ۖ﴾ [المائدة: ٨].

والقاعدة تجري في كثير من الأبواب الفقهية من المعاملات والولايات والمناكحات والعلاقات الدولية بين المسلمين والكفار، الحربيين منهم والمعاهدين، وغيرها. وهي محل اتفاق بين الفقهاء، كما يتبين ذلك من اتفاق المذاهب على التخريج عليها والاستدلال بها[1].

أدلة القاعدة:

١- قوله تعالى: ﴿وَمَن يَبْتَغِ غَيْرَ ٱلْإِسْلَـٰمِ دِينًا فَلَن يُقْبَلَ مِنْهُ وَهُوَ فِى ٱلْـَٔاخِرَةِ مِنَ ٱلْخَـٰسِرِينَ﴾ [آل عمران: ٨٥].

فالآية نص على أن الإسلام هو الدين المقبول عند الله، وأنه قاضٍ على غيره، فكل دين سواه باطل غير مقبول.

٢- قوله تعالى: ﴿ٱلْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِى وَرَضِيتُ لَكُمُ ٱلْإِسْلَـٰمَ دِينًا ۚ﴾ [المائدة: ٣].

فنصت الآية على أن الله تعالى أكمل هذا الدين ببيان الشرائع الظاهرة والباطنة، إما تفصيلاً وإما تأصيلاً، فلا حاجة إلى دين آخر. وبالنصر والإظهار على الأديان كلها، فلا عبرة بدين سواه؛ قال ابن كثير:

---

(١) انظر: المصادر الواردة في نص القاعدة وفي تطبيقاتها، والعناوين للمراغي ٢/٣٥٢.

«هذه أكبر نعم الله عز وجل على هذه الأمة حيث أكمل تعالى لهم دينهم، فلا يحتاجون إلى دين غيره، ولا إلى نبي غير نبيهم، صلوات الله وسلامه عليه؛ ولهذا جعله الله خاتم الأنبياء، وبعثه إلى الإنس والجن، فلا حلال إلا ما أحله، ولا حرام إلا ما حرمه، ولا دين إلا ما شرعه»[١].

٣- قوله تعالى: ﴿هُوَ ٱلَّذِىٓ أَرْسَلَ رَسُولَهُۥ بِٱلْهُدَىٰ وَدِينِ ٱلْحَقِّ لِيُظْهِرَهُۥ عَلَى ٱلدِّينِ كُلِّهِۦ﴾ [التوبة: ٣٣]، فخص الله تعالى هذا الدين بإعلائه وإظهاره على جميع الأديان والملل.

٤- قوله تعالى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء:١٤١]، فهذه الآية وإن كانت بلفظ الخبر فالمراد به النهي؛ لأن الخبر لا يجوز أن يكون بخلاف مخبره، مع أنه قد يكون للكافر سبيل على المسلم بالتسلط في الظاهر[٢] واستدل به النووي على منع كل ما فيه من إثبات

---

(١) تفسير ابن كثير ٢٦/٣.

(٢) انظر: الحاوي للماوردي ١٢/١٢. مع العلم أن المفسرين لهم أقوال عديدة في تفسير هذه الآية:
أحدها: أنه لا سبيل لهم عليهم يوم القيامة، قال ابن العربي في أحكام القرآن ٦٤٠/١: "وهذا ضعيف، لعدم فائدة الخبر فيه، وإن أوهم صدر الكلام معناه، لقوله تعالى: ﴿فَٱللَّهُ يَحْكُمُ بَيْنَكُمْ يَوْمَ ٱلْقِيَٰمَةِ﴾ فأخر الحكم إلى يوم القيامة، وجعل الأمر في الدنيا دولة تَغلب الكفار تارة، وتُغلب أخرى، بما رأى من الحكمة، وسبق من الكلمة، ثم قال: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ فتوهم من توهم أن آخر الكلام يرجع إلى أوله، وذلك يسقط فائدته"، إذ يكون تكراراً.
والثاني: أن المراد بالسبيل: الظهور عليهم في الدنيا، يعني أن المؤمنين هم الظاهرون، والعاقبة لهم.
والثالث: أن السبيل هو الحجة، أي حجة المسلمين غالبة على حجة الكل.
والرابع: أن الله سبحانه لا يجعل للكافرين على المؤمنين سبيلاً بالشرع، فإن وجد ذلك فبخلاف الشرع. انظر: تفسير الرازي ٦٦/١١، تفسير القرطبي ٤١٩/٥-٤٢٠، تفسير ابن كثير ٤٣٧/٢.
والمعنى الأخير – وهو أن المراد بالآية نفي السبيل الشرعي لا الحسي- هو المرجح عند طائفة من العلماء، كما ورد النقل عن بعضهم في المتن، وعليه يدل صنيع الفقهاء من مختلف المذاهب، حيث يستدلون بالآية على الفروع الفقهية التي تندرج تحتها، ويؤكد ذلك ما قرره الأسنوي في=

السلطنة والسبيل للكافر على مسلم[١]، وصرح ابن حزم بأن المقصود من الآية: نفي السبيل في أحكام الدين أصالة[٢].

٥- قوله تعالى: ﴿وَلَا تَهِنُوا وَلَا تَحْزَنُوا وَأَنتُمُ الْأَعْلَوْنَ إِن كُنتُم مُّؤْمِنِينَ﴾ [آل عمران: ١٣٩] فالآية مصرحة بأن من كان مؤمنا فهو الأعلى كائنا من كان.

٦- قوله تعالى: ﴿وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا﴾ [البقرة: ٢٢١]، أي: لا تزوجوهم بالمؤمنات حتى يؤمنوا، قال القرطبي: «وأجمعت الأمة على أن المشرك لا يطأ المؤمنة بوجه؛ لما في ذلك من الغضاضة على الإسلام»[٣]، فدل ذلك على أن الإسلام يعلو ولا يعلى عليه.

٧- القاعدة هي نص حديث نبوي شريف، رواه عائذ بن عمرو أنه: «جاء يوم الفتح مع أبي سفيان بن حرب، ورسول الله ﷺ حوله أصحابه، فقالوا هذا أبو سفيان وعائذ بن عمرو، فقال رسول الله ﷺ: «هذا عائذ بن عمرو وأبو سفيان، الإسلام أعز من ذلك، الإسلام يعلو ولا يعلى»[٤].

= التمهيد ص ٢٢٨ بقوله: "إذا تردد اللفظ الصادر من الشارع بين أمور فيحمل أولا على المعنى الشرعي، لأنه عليه الصلاة والسلام بعث لبيان الشرعيات".

(١) انظر: المجموع للنووي ٩/٤٤١.

(٢) انظر: المحلى لابن حزم ٥/٣٧٦.

(٣) تفسير القرطبي ٣/٧٢. وانظر: بدائع الصنائع للكاساني ٢/٢٣٩.

(٤) رواه الدارقطني ٣/٢٥٢ (٣٠) مختصراً، ورواه البيهقي في الكبرى ٦/٢٠٥ واللفظ له.

تطبيقات القاعدة :

أولاً : تطبيقات هي أحكام جزئية :

١- لا يجوز لأهل الذمة أن يحدثوا في دار الإسلام بيعة ولا كنيسة، لأنها من شعائر الكفر، فلا تظهر في أمصار المسلمين؛ إذ الإسلام يعلو ولا يعلى عليه[(١)].

٢- المولود بين مسلم وكافر يجعل مسلمًا؛ لأن الإسلام يعلو ولا يعلى عليه[(٢)].

٣- إذا أسلم أحد الأبوين، وله أولاد صغار، أو من في حكمهم - كالمجنون إذا بلغ مجنونًا - فإن هؤلاء يحكم بإسلامهم تبعًا، لأن الصغير يتبع خير الأبوين دينًا؛ عملاً بقاعدة: «الإسلام يعلو ولا يعلى عليه»[(٣)].

٤- لا تصح الشهادة من كافر على مسلم[(٤)]؛ لأن الشهادة فيها معنى

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي ١٣٤/١٥، الدر المختار للحصكفي مع رد المحتار ٢٠٢/٤، الأحكام السلطانية للماوردي ص ١٨٦. ويستثنى من ذلك ما إذا اشترطوا لهم ذلك في البلاد المفتوحة، على خلاف بين الفقهاء في بعض الصور، فمنهم من خصص جواز الاشتراط في البلاد المفتوحة صلحًا، ومنهم من جوز ذلك في العنوة أيضًا. انظر: رد المحتار لابن عابدين ٢٠٣/٤، التاج والإكليل للمواق ٥٩٩/٤، الفروع لابن مفلح ٢٧٣/٦، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٦٦٥/١.

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي ٤٩/١٧، بدائع الصنائع للكاساني ٢٧١/٢.

(٣) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ١٠٤/٧، تحفة المحتاج للهيتمي ٣٥٣/٦، المغني لابن قدامة ٢٦/٩.

(٤) واستثنى طائفة من الفقهاء من هذا الأصل شهادة الكافر على المسلم في الوصية في السفر إذا لم يوجد غيرهم فقد أجازوها للحاجة، عملاً بقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ شَهَٰدَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلْمَوْتُ حِينَ ٱلْوَصِيَّةِ ٱثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ أَوْ ءَاخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنتُمْ ضَرَبْتُمْ فِى ٱلْأَرْضِ فَأَصَٰبَتْكُم مُّصِيبَةُ ٱلْمَوْتِ﴾ [المائدة: ١٠٦]. انظر: أحكام القرآن للشافعي ١٤٤/٢ وما بعده، تفسير القرطبي ٣٤٩/٦-٣٥٠، تفسير البغوي ١١٢/٣، الإنصاف للمرداوي ٣٩/١٢، المحلى لابن حزم ٤٩٤/٨ وما بعده.

الولاية، وهو تنفيذ القول على الغير، ولا ولاية للكافر على المسلم؛ لأن الإسلام يعلو ولا يعلى عليه[(١)].

٥- لا ولاية للكافر على المسلمة في عقد النكاح؛ لأن إثبات الولاية للكافر عليها تشعر بإذلال المسلم من جهة الكافر، والإسلام يعلو ولا يعلى عليه[(٢)].

٦- لو ترافع إلينا في نكاح أو غيره ذمي أو معاهد أو مستأمن ومسلم وجب الحكم بينهما - أي المسلم ومن ذكر - بشريعة الإسلام، طالبًا كان المسلم أو مطلوبًا؛ لأن الإسلام يعلو ولا يعلى عليه[(٣)].

٧- يحرم طبع المصحف والتوراة والإنجيل في غلاف واحد؛ لأن ذلك يشعر بالمساواة، والإسلام يعلو ويغلب[(٤)].

٨- لا يجوز للكافر إحياء الموات في دار الإسلام، ولو أحيا شيئًا لم يملكه؛ لأن فيه استعلاء، وهو ممتنع عليهم بدارنا[(٥)].

٩- لا عبرة بالقوانين الوضعية التي لا تحكم بالزنى إلا على الشخص المتزوج، أما غير المتزوج فلا تعتبر فعله زنى[(٦)] وعليه إذا زنى غير المتزوج فإن عقوبة الزنا تقام عليه؛ لأن حكم الإسلام يعلو ولا يعلى عليه.

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي ١٣٤/١٦، بدائع الصنائع للكاساني٢٨٠/٦، الأم للشافعي٤١٤/٨، الفروع لابن مفلح ٥٧٨/٦، البحر الزخار للمرتضى ٢٣/٦، شرح النيل لأطفيش ٩٧/٦.

(٢) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٢٣٩/٢، تبيين الحقائق للزيلعي ١٢٥/٢، رد المحتار لابن عابدين ٣٠٩/٢، البحر الزخار للمرتضى ٥٣/٤.

(٣) انظر: مغني المحتاج للشربيني ٣٢٩/٤، شرح النيل لأطفيش ٦٢٩/١٠.

(٤) انظر: الإبطال لنظرية الخلط بين الأديان لبكر أبو زيد ص ٩٤.

(٥) انظر: أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٤٤٤/٢-٤٤٥، مغني المحتاج للشربيني ٤٩٦/٣.

(٦) انظر: التشريع الجنائي في الإسلام لعبد القادر عودة ٣٤٦/٢، عقوبة الزنى لصالح الخزيم ص٦٥- ٦٩.

ثانيًا: تطبيقات هي قواعد متفرعة:

٣٦٧ـ نص القاعدة: لَا سَبِيلَ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ[١].

ومن صيغها:

١- الكافر لا يد له على مسلم[٢].

٢- لا سلطنة للكافر على المسلم[٣].

شرح القاعدة:

السبيل هو الطريق، «والطريق هو: ما يتوصل به إلى غيره»[٤]، والمراد به هنا كل أمر يكون سببًا ووسيلة لرفعة الكافر وسلطته على المسلم في ماله أو نفسه.

ومعنى القاعدة هو أن كل ما كان موجبًا لرفعة الكافر وتسلطه على المؤمن من التصرفات القولية أو الفعلية فهو ممتنع في الشريعة، سواء كان على مستوى الفرد أو الجماعة، فلا يجوز تولية الكافر على شيء من أمور المسلمين العامة؛ كولاية القضاء والخراج، أو الخاصة؛ كولاية النكاح، ولا يصح عقد أو شرط فيه إشعار برفعة الكافر على المسلم، فلو استأجر نصراني مسلمًا لخدمته الخاصة؛ كإزالة قاذوراته، وتقديم النعل له ونحو ذلك لم يصح العقد؛ لما في ذلك من الإذلال والامتهان للمسلم، وهو مطالب بتجنب الأمور والمواطن التي تجلب له الذلة وتوقعه فيها.

---

(١) تفسير المنار لمحمد رشيد رضا ٣٧٩/٥. وانظر: القواعد الفقهية للبجنوردي ١٥٧/١، ولمحمد فاضل اللنكراني ٢٣٩/١.

(٢) المبدع شرح المقنع لابن مفلح ٢١٩/٤.

(٣) انظر: المكاسب للأنصاري ١٥٨/١.

(٤) فتح القدير لابن الهمام ٤٣٦/٤.

وهي قاعدة واسعة تدخل في كثير من أبواب الفقه من المعاملات والولايات والنكاح والإرث وغيرها مما يحكم علاقة المسلم بغيره من أهل الملل.

وهي متفق عليها كأصلها، بل هي من المسلمات القرآنية؛ فقد ورد النص عليها في كتاب الله تعالى، في قوله جل وعلا: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء: ١٤١].

ومن تطبيقاتها:

١- لا ينعقد نكاح المسلم بشهادة الكفار؛ لأن الشهادة فيها معنى الولاية، والشرع قطع ولاية الكافر عن المسلم بقوله تعالى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾[(١)].

٢- ليس للكافر التقاط طفل مسلم، فإن التقطه فإنه ينزع منه، ولا يقر في يده؛ لأنه لا ولاية للكافر على المسلم[(٢)].

٣- إذا أوصى[(٣)] المسلم إلى ذمي أو إلى حربي مستأمن أو غير مستأمن فالوصية[(٤)] باطلة؛ لأن فيها إثبات الولاية للوصي على سبيل الخلافة عنه، ولا سبيل للذمي والحربي على المسلم[(٥)].

٤- إذا أسلمت الكتابية تحت اليهودي أو النصراني يفرق بينهما، فالمسلمة لا يحل لها أن تكون زوجة لكافر، لأن في ذلك تسليطًا

---

(١) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٢/٢٥٣.

(٢) انظر: الحاوي للماوردي٨/٤٢، أسنى المطالب لزكريا الأنصاري٢/٤٩٦، المغني لابن قدامة٦/٤١.

(٣) أي جعله وصيا بعد موته.

(٤) المراد بالوصية هنا الولاية على القاصر بعد موت الموصي، وهو ما يعرف في اصطلاح الفقهاء بالوصاية.

(٥) انظر: المبسوط للسرخسي ٢٨/٢٥، حاشية الشلبي على تبيين الحقائق ٦/٢٠٧.

للكافر عليها، ولا سبيل للكافرين على المسلمين[١].

٥- لا ينفذ قضاء الكافر على المسلم؛ لأنه لا سبيل للكافرين على المسلمين[٢].

٦- إذا كان للكافر ولد صغير مسلم فلا ولاية له عليه في تصرف، ولا تزويج، ولا غيره[٣].

محمد عمر شفيق الندوي

* * *

---

(١) انظر: شرح معاني الآثار للطحاوي ٣/٢٥٧، المبسوط للسرخسي ٥/٤٥، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/٢٣١، مجموع الفتاوى لابن تيمية ٣٢/١٨٤، المحلى لابن حزم ٥/٣٦٨.

(٢) انظر: الدر المختار للحصكفي مع رد المحتار لابن عابدين ٥/٤٠٢، الدرر شرح الغرر للملا خسرو ٢/٤٠٩، فتاوى الرملي ٤/١١٩.

(٣) انظر: أحكام القرآن للجصاص ٢/١٧، البحر الرائق لابن نجيم ٣/١٣٢، كشاف القناع للبهوتي ٣/٤٤٧.



رقم القاعدة: ٣٦٨

نص القاعدة : مَنْ عَمِلَ عَمَلاً ليس عليه أَمْرُنَا فَهُوَ رَدٌّ[(١)].

صيغ أخرى للقاعدة :

١- كل ما ليس من أمر الشرع فهو مردود[(٢)].

٢- ليس إلى العبد شرع ما ليس بمشروع[(٣)].

٣- الأحكام لا تثبت إلا بالشرع[(٤)].

٤- ليس لأحد تحليل ما حرم الله في دينه ولا تحريم ما أحل الله في دينه[(٥)].

٥- لا يُشْرَعُ إلا ما شرعه الله ولا يحرم إلا ما حرمه الله[(٦)].

---

(١) نص حديث شريف رواه البخاري ٣/١٨٤(٢٦٩٧)، ومسلم ٣/١٣٤٤(١٧١٨)/(١٨) واللفظ له. عن عائشة رضي الله عنها مرفوعًا.

(٢) الكليات الفقهية لابن غازي ص ٢٢١.

(٣) المبسوط ٣/٩٥، كشف الأسرار ١/٣٩٧.

(٤) الإبهاج ١/٥٢.

(٥) بيان الشرع ٤/٧١. وفي لفظ: "لا يحرّم المرء شيئًا إلا ما حرّم الله تعالى، ولا يُحِلّ شيئًا إلا ما أحل الله تعالى" إحكام الأحكام لابن حزم ٦/٧٥٤.

(٦) القواعد النورانية ص ٢٠١.

قواعد ذات علاقة :

١- الأعمال بالنيات[١]. (متكاملة).

٢- جواز الشيء وعدمه لا يكون إلا من جانب الشارع[٢]. (أخص).

٣- لا حكم إلا لله[٣]. (أخص).

٤- مبنى العبادات على رعاية الاتباع[٤]. (أخص).

٥- الأصل في المعاملات الإباحة[٥]. (متكاملة).

شرح القاعدة :

معنى قوله ﷺ: «أمْرُنا» أي حكمُنا وديننا وشرعنا، كما جاء مصرحًا به في رواية أخرى: «من أحدث في أمرنا ما ليس منه فهو رد»[٦]. ومعنى الرد في هذا الحديث أي باطل لا يعتد به[٧]. وعبر بالمصدر عن المفعول مبالغة، كأنه نفس الرد.

هذا حديث جليل، وأصل عظيم في الشريعة، وقد عده غير واحد من أهل العلم قاعدة من قواعد الإسلام العظمى وأصلاً من أصوله[٨].

---

(١) انظرها: بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٢) الحجة للشيباني ٢/٤٢٦ (الهامش).

(٣) المستصفى ١/٣٥٤. وانظرها بلفظها في قسم القواعد المقاصدية.

(٤) أسنى المطالب ١/٢٢٤. وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "الأصل في العبادات التوقيف".

(٥) الشرح الممتع ٩/٩٧. وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: " الأصل في العقود الجواز".

(٦) رواه البخاري ٣/١٨٤ (٢٦٩٧)، ومسلم ٣/١٣٤٣ (١٧١٨) عن عائشة رضي الله عنها.

(٧) انظر: شرح الأربعين النووية ص١٠، شرح النووي ١٢/١٦، جامع العلوم والحكم ص ٥٩، ٦٠، فتح الباري ٥/٣٠٢.

(٨) انظر: المصادر السابقة.

ومعناه: أن كل أمر خارج عن شرع الله تعالى غير متقيد به، وكل عمل لا يقوم على أمر الله، فهو مردود باطل، لا يعتد به ولا بما يترتب عليه، فهذا من جوامع كلمهِ ﷺ، جعله مقياسًا لجميع الأمور والأعمال، فما كان منها موافقًا لأمر الله وشرعه، فهو المقبول، وما كان على غيرِ أمره وشرعه، فهو المردود[١]، وهو يدل بمفهومه على أن كل عمل عليه أمره فهو مقبول غير مردود[٢].

ولا يخفى أن هذا الحديث عمدة في رد البدع والمحدثات في الدين، وقد أكثر العلماء من الاستدلال به في هذا الشأن - وبخاصة الرواية الأخرى منه: «من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو ردٌّ»[٣] - لكنهم مع ذلك احتجوا به في غير العبادات، مما يعني أنه بعموم لفظه يفيد أن جميع أعمال المكلف يجب أن تكون تحت مظلة الشرع الحنيف، وأن السُّنّة تكون مهيمنة على كافة تصرفاته، ولا يشذ عن هذا العموم شيء، سواء أكان من العبادات أم كان من العادات. فالحديث - بروايتيه[٤]- يشمل الأمرين جميعًا، وليس خاصًا بالعبادات فقط، بل الحديث كما هو حجة في عدم الاعتداد بالبدع والمحدثات في العبادات، هو حجة أيضًا في إبطال كل تصرف، وكل معاملة وعقد نهى اللهُ ورسوله عنه وحرمه، وأنه لغو لا يُعتد به، نكاحًا كان أو طلاقًا أو غيرهما، إلا أن تُجمِع الأمة إجماعًا معلومًا على أن بعض ما نهى اللهُ ورسوله عنه وحرمه من العقود صحيح لازم معتد به غير مردود[٥]، لكن الفرق بين العبادات والعادات

---

(١) انظر: تيسير العلام شرح عمدة الأحكام ١٨٦/٢.

(٢) جامع العلوم والحكم ص ٥٩.

(٣) سبق تخريجه.

(٤) تجدر الإشارة إلى أن هناك من أهل العلم من يرى أن الرواية الأولى - " من عمل..." أعم من الرواية الثانية " من أحدث... ". انظر: فتح الباري ٣٠٢/٥.

(٥) انظر: شرح النووي ١٦/١٢، الاعتصام ص ٦٨، إعلام الموقعين ٣٨٣/١، فتح الباري ٣٠٢/٥، عون المعبود ٢٣٤/١٢.

هنا هو أن كل فعل يقصد به العبادة والقربة يجب أن يكون موافقًا لأدلة الشرع؛ لأن الأصل في العبادات الحظر والتوقيف، ولا يحل منها إلا ما ورد به الدليل. وما كان من قبيل المعاملة يجب أن لا يكون مخالفًا لأدلة الشرع؛ لأن الأصل في المعاملات الحل إلا ما ورد الدليل بتحريمه.

قال ابن رجب الحنبلي – رحمه الله تعالى: وقوله ﷺ: «ليس عليه أمرنا» إشارة إلى أن أعمال العاملين كلها ينبغي أن تكون تحت أحكام الشريعة، فتكون أحكام الشريعة حاكمة عليها بأمرها ونهيها، فمن كان عمله جاريًا تحت أحكام الشريعة موافقا لها فهو مقبول، ومن كان خارجًا عن ذلك فهو مردود.

فأما العبادات فما كان منها خارجًا عن حكم الله ورسوله بالكلية فهو مردود على عامله. ومضى إلى أن قال:

«وأما المعاملات كالعقود والفسوخ ونحوهما فما كان منها تغييرًا للأوضاع الشرعية كجعل حد الزنا عقوبة مالية وما أشبه ذلك فإنه مردود من أصله لا ينتقل به الملك لأن هذا غير معهود في أحكام الإسلام ويدل على ذلك أن النبي ﷺ قال للذي سأله إن ابني كان عسيفًا على فلان فزنى بامرأته فافتديت منه بمائة شاة وخادم، فقال النبي ﷺ «المائة الشاة والخادم رد عليك وعلى ابنك مائة جلدة وتغريب عام»[(١)].

وما كان منها عقدًا منهيًا عنه في الشرع إما لكون المعقود عليه ليس محلاً للعقد، أو لفوات شرط فيه، أو لظلم يحصل به للمعقود معه وعليه، أو لكون العقد يشغل عن ذكر الله عز وجل الواجب عند تضايق وقته، أو غير ذلك، فهذا العقد هل هو مردود بالكلية لا ينتقل به الملك أم لا؟ هذا الموضع قد اضطرب

---

(١) رواه البخاري ٣/١٩١ (٢٧٢٤)، ٣/١٨٤ (٢٦٩٥)،٨/١٢٩، ١٦٧، ١٧١، ١٧٢، ١٧٦ (٦٦٣٣) (٦٨٢٧) (٦٨٣٥) (٦٨٤٢) (٦٨٥٩)، ٩/٧٥، ٨٨ (٧١٩٣) (٧٢٦٠)، ومسلم ٣/١٣٢٤-١٣٢٥ (١٦٩٧/١٦٩٨) عن أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني رضي الله عنهما.

الناس فيه اضطرابًا كثيرًا؛ وذلك أنه ورد في بعض الصور أنه مردود لا يفيد الملك وفي بعضها أنه يفيده فحصل الاضطراب فيه بسبب ذلك، والأقرب إن شاء الله تعالى أنه إن كان النهي عنه لحق الله تعالى لا يفيد الملك بالكلية ومعنى أنه يكون الحق لله أنه لا يسقط برضا المتعاقدين عليه وإن كان النهي عنه لحق آدمي معين بحيث يسقط برضاه به فإنه يقف على رضاه به فإن رضي لزم العقد واستمر الملك وإن لم يرض به فله الفسخ»[١].

ولا خلاف بين الفقهاء في اعتبار معنى هذه القاعدة وموجبها في الجملة[٢]، غير أنهم اختلفوا في كثير من مسائلها، بناءً على اختلافهم في كون تلك المسائل هل هي مستمدة من حكم الله وشرعه أو خارجة عنها؟[٣]. مثل كثير من الأمور التي يراها بعضهم من البدع المذمومة - على اختلاف درجاتها - بينما يراها آخرون أحكامًا شرعية ينبغي مراعاتها.

وهذا الحديث مكمل للحديث الآخر: «إنما الأعمال بالنيات»[٤]، من حيث إن هذا الحديث ميزان للأعمال في باطنها، والحديث الذي بين أيدينا ميزان للأعمال في ظاهرها؛ فكما أن كل عمل لا يراد به وجه الله تعالى فليس لعامله فيه ثواب، فكذلك كل عمل لا يكون عليه أمر الله ورسوله فهو مردود على عامله، وكل من أحدث في الدين ما لم يأذن به الله ورسوله فليس من الدين في شيء[٥].

---

(١) جامع العلوم والحكم ص٦٠ - ٦٢. (بتصرف).

(٢) علمًا بأن أكثر الفقهاء استدلالاً به الظاهرية، بل هو من الأصول المطردة عندهم، حيث عمموه في مسائل كثيرة خالفهم فيها غيرهم من الفقهاء. انظر: - مثلاً - إحكام الأحكام لابن حزم ٣/٣١٧ - ٣١٨، ٥/٢٣، ٣١، ٧/٣٥٤.

(٣) انظر: فتح الباري ٥/٣٠٢.

(٤) رواه البخاري ١/٦ (١) وفي مواضع أخر، ومسلم ٣/١٥١٥، ١٥١٦ (١٩٠٧)/(١٥٥) من حديث أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه.

(٥) انظر: المصدر السابق: في الموضع نفسه.

وهذه القاعدة تتفرع منها قواعد أخرى هي أخص بمجالات معينة، مثل قاعدة «لا حكم إلا لله» فإنها خاصة بمجال الحكم والتشريع، وقاعدة «مبنى العبادات على رعاية الاتباع» فلا تشرع عبادة إلا بدليل شرعي، فمن شرع عبادة من عند نفسه كانت بدعة مردودة عليه.

أدلة القاعدة:

١- نص القاعدة؛ لأنه حديث صحيح.

٢- جميع الأحاديث التي ورد فيها إبطال النبي ﷺ للتصرفات المخالفة للشرع، منها:

أ - الحديث المذكور آنفًا في قصة العسيف الذي زنى، قال الحافظ ابن حجر عند شرح الحديث المذكور: «ويستفاد من الحديث أن كل شرط وقع في رفع حد من حدود الله فهو باطل وكل صلح وقع فيه فهو مردود»[١].

ب - وحديث أبي سعيد قال: «أتي رسول الله ﷺ بتمر فقال: «ما هذا التمر من تمرنا،» فقال الرجل: يا رسول الله بعنا تمرنا صاعين بصاع من هذا فقال رسول الله ﷺ: «هذا الربا فرُدُّوه ثم بيعوا تمرنا واشتروا لنا من هذا»[٢].

ووجه الدلالة: من الحديثين أن الرسول ﷺ إنما أبطل هذين التصرفين لكونهما مخالفين لأمر الشارع، وكذلك الحكم في سائر ما يخالف أمر الشرع، فإنه مردود لا يعتد به شرعًا.

٣- الإجماع: فإن «أحدًا من المسلمين لا يقول إن لغير النبي عليه السلام من الخلق أن يشرع الشرائع ويبتدع الأحكام»[٣].

---

(١) فتح الباري ٥/ ٣٢٤.

(٢) رواه مسلم ٣/١٢١٦ (١٥٩٤).

(٣) الفصول في الأصول ٢/ ٣٣٧.

تطبيقات القاعدة :

١- لو أن المرأة صامت وهي حائض لكان صومها حرامًا باطلاً؛ لأنها منهية عنه، لقول النبي ﷺ: «من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد»[١] أي: مردود، وما نهى عنه فليس عليه أمر الله ورسوله[٢].

٢- تحلية الكعبة وسائر المساجد بالذهب والفضة وتمويه سقفه وتعليق قناديلها لم يرد فيه سنة ولا عمله أحد من الخلفاء الراشدين، فهو بدعة محرمة بناءً على معنى هذه القاعدة[٣].

٣- البيع الفاسد مفسوخ أبدًا، كيفما وقع، وحيثما وجد عند كثير من العلماء، كما هو موجب هذا الحديث[٤].

٤- لو أن المتصالحين اصطلحوا على جور، فالصلح مردود[٥]؛ بناءً على هذه القاعدة.

٥- من طلق طلاقًا بدعيًا، بأن يطلقها في الحيض مثلاً- فإن طلاقه يقع عند الجمهور، ولا يقع عند طائفة من أهل العلم منهم الظاهرية، وابن تيمية، وابن القيم؛ لهذه القاعدة[٦].

٦- قصد الميت لسؤاله ودعائه والرغبة إليه في قضاء الحوائج ونحو ذلك مما يفعله كثير من الناس ليس بمشروع باتفاق الأئمة ؛ لأنه من البدع

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) الشرح الممتع ٥٢٥/٦.

(٣) هذا أصح الوجهين عند الشافعية. انظر: المجموع ١/٦، ٣٢.

(٤) انظر: الاستذكار ٢٨٧/٦، شرح ابن بطال ٢١٥/٦، أحكام القرآن لابن العربي ٢١٦/٤.

(٥) انظر: صحيح البخاري، كتاب الصلح، "باب إذا اصْطَلَحُوا على صُلْحِ جَوْرٍ فَالصُّلْحُ مَرْدُودٌ" ٩٥٩/٢.

(٦) انظر: شرح النووي على صحيح مسلم ٦٠/١٠، مجموع الفتاوى ٧٥/٢٣ فما بعدها، حاشية ابن القيم على سنن أبي داود ١٦٩/٦، الشرح الممتع ٢٦٠/١.

المحدثة التي ليس لها دليل معتبر شرعًا[١].

٧- إذا اجتهد العامل أو الحاكم فأخطأ وحكم بخلاف السنة من غير علم فحكمه مردود، لقوله ﷺ: «من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد»[٢].

٨- العقد الذي يخالطه الربا مفسوخ لا يجوز بحال، وأن من أربى ينقض عقده ويرد فعله؛ لهذا الحديث[٣].

٩- لو عقد نكاحًا على أن لا صداق، رُدَّ العقد، وكان الجماع زنا حتى يفرض لها الصداق؛ لأنه مأمور به شرعًا، فمن خالف لم يعتد بفعله، بناءً على موجب هذا الحديث[٤].

١٠- تقام صلاة العيدين بلا أذان ولا إقامة باتفاق الفقهاء، ومن فعلهما فقد أتى بما لم يكن في حكم الشرع فكان عمله مردودًا عليه[٥].

د. محمد خالد عبد الهادي هدايت

* * *

(١) انظر: مجموع الفتاوى ٣٥٨/٢٤.
(٢) سبق تخريجه.
(٣) انظر: جامع العلوم والحكم ص ٦٢.
(٤) انظر: شرح النيل ١٤٦/٦. وكذلك ذهب المالكية أيضًا إلى عدم صحة النكاح عند اشتراط نفي المهر، حيث إنهم يعتبرون المهر ركنًا في عقد النكاح، خلافًا للجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة الذين يرون أن العقد يصح ويبطل الشرط الفاسد. انظر: الموسوعة الفقهية ١٥٢/٣٩.
(٥) انظر: البحر الزخار ٥٨/٣، شرائع الإسلام ٩١/١، الموسوعة الفقهية ٣٧١/٢.

رقم القاعدة: ٣٦٩

نص القاعدة: مَا شُرِعَ بِصِفَةٍ لَا يَثْبُتُ شرعًا إِلَّا بِتِلْكَ الصِّفَةِ[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- المشروع بصفة لا يوجد بدون تلك الصفة[٢].

٢- ثبوت الموصوف بدون الصفة ممتنع[٣].

قواعد ذات علاقة:

١- الأمر بالشيء الموصوف يقتضي أن يكون ذلك الوصف **شرطًا** فيه[٤]. (متفرعة).

٢- من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رَدٌّ[٥]. (أعم).

٣- الوصف إذا كان مقصودًا يسقط الأصل بفواته[٦]. (مبيِّنة).

---

(١) فتح القدير لابن الهمام ٥/٨٧.

(٢) تبيين الحقائق للزيلعي ٣/٢٧٩، ٦/٦٣.

(٣) النبوات لابن تيمية ١/١٩٤.

(٤) تبيين الحقائق للزيلعي ٦/٦٣، وانظر: غمز عيون البصائر للحموي ٢/١٧٩.

(٥) القاعدة نص حديث شريف رواه مسلم ٣/١٣٤٣-١٣٤٤ (١٧١٨)/(١٨) عن عائشة رضي الله عنها، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٦) كشف الأسرار لعلاء الدين البخاري ١/٢١٤.

٤- الواجب المقيد بوصف شرعًا لا يتأدى بدونه[١]. (متفرعة).

٥- ما وجب دفعه على صفة فأخل بها عند الدفع لم يجزئ بل لا بد من استرداده ودفعه على وجهه[٢]. (متفرعة).

٦- الفعل المقيد بوصف ينتفي اعتباره بانتفاء ذلك الوصف المقيد به[٣]. (متفرعة).

٧- القضاء بصفة الأداء[٤]. (متفرعة).

٨- الحق متى وجب بصفة لا يبقى بدونها[٥]. (متفرعة).

٩- ما تعين من الوصف شرعًا يكون كالمذكور نصًا[٦]. (مكملة).

١٠- اللفظ المقيد بوصف لا يتناول غير الموصوف بتلك الصفة[٧].(مبيِّنة).

شرح القاعدة:

المشروع: هو ما اعتبره الشرع[٨]، وسوغه[٩]، وصحح وقوعه[١٠] وهو كل ما يتقرب به إلى الله تعالى سواء كان واجبًا أو مستحبًا[١١].

---

(١) المبسوط، السرخسي ١٢/٧. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.
(٢) المنثور في القواعد للزركشي ١٥٧/٣.
(٣) الفتاوى الفقهية لابن حجر الهيتمي ١٤٦/٤.
(٤) المبسوط للسرخسي ١٢٤/٢. وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "القضاء يحكي الأداء".
(٥) فتح القدير للسيواسي ٢٠٢/٢.
(٦) المبسوط للسرخسي ٨٠/٥. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.
(٧) بدائع الصنائع للكاساني ٢٧٧/٥.
(٨) تقويم النظر لابن الدهَّان ١٤٧/١.
(٩) المعجم الوسيط لمجموعة من المؤلفين ٤٧٩/١.
(١٠) انظر: مرقاة المفاتيح علي القاري ٣٨٦/٦.
(١١) انظر: الفتاوى لابن تيمية ٣٩٠/١٠.

وما شرع بصفة: هو ما شرعه الله تعالى مقرونًا بوصف مبيِّنٍ لهيأة إيقاعه وصورة الإتيان به فهو مقيد بالصفة، وعكسه المشروع المطلق الذي لا يختص في مدلول اللفظ بوجه دون وجه، ولا وصف دون وصف(١).

ومعنى القاعدة أن الفعل المشروع من عبادة ومعاملة سواء أكان الطلب فيه على وجه الندب والاستحباب أو كان مباحًا؛ إذا حدد الشارع له وصفًا؛ كان ذلك الوصف شرطًا في صحته وقبوله؛ ومن ثمة لا بد من إيقاعه على وفق الشرط، لأن «الأمر بالشيء الموصوف يقتضي أن يكون ذلك الوصف **شرطًا** فيه».

فالقاعدة تنفي صفة المشروعية عن كل فعل وقع من المكلف على وجه لم يراع فيه الصفة الخاصة المعتبرة التي جعلها الشارع تبيانًا للهيأة والحالِ التي يريد أن يكون عليها ذلك الفعل، وذلك لأن المكلف حين أدى المطلوب على غير صفته المشروعة كان في الحقيقة يؤدي غير ما طلب منه، فهو قد أتى بشيء آخر لا بما شرع، فكان فعله كالعدم بناءً على قاعدة: «من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رَدٌّ»، ولأنه لا يمكن أن يكون مؤديًا للمشروع من دون تلك الصفة(٢)؛ إذ إن الوصف - إذا كان مقصودًا - يسقط الأصل بفواته لعدم حصول المقصود بالأصل بدون الوصف(٣)، أي لا اعتبار للأصل شرعًا إذا تخلَّف الوصف المقرون به عملاً بقاعدة: «الوصف إذا كان مقصودًا يسقط الأصل بفواته».

وإذًا لا تبرأ ذمة المكلف بفعله المخالف للصفة المطلوبة إذا كان المشروع من الواجبات البدنية أو المالية كالصلوات والزكوات والحج والصدقات والكفارات وغير ذلك؛ بناءً على قاعدة: «الواجب المقيد بوصف شرعًا لا

---

(١) انظر: الموافقات للشاطبي ٣/ ٢١٣.

(٢) انظر: المصفى لابن الوزير ١/ ٤٥٤.

(٣) انظر: كشف الأسرار لعلاء الدين البخاري ١/ ٢١٤.

يتأدَّى بدونه». وقاعدة: «ما وجب دفعه على صفة فأخل بها عند الدفع لم يجزئ؛ بل لا بد من استرداده ودفعه على وجهه». ويحتمل ألا يحصل له بفعله الثواب المرجو إذا كان المشروع من السنن والمستحبات كصلاة العيدين ونوافل الطاعات، ولا يصح تصرفه إذا كان المشروع من المباحات كالعقود والتبرعات، لأن «الفعل المقيد بوصف ينتفي اعتباره بانتفاء ذلك الوصف المقيد به».

وإذا كانت القاعدة أن «اللفظ المقيد بوصف لا يتناول غير الموصوف بتلك الصفة». ومن ثم لا يطالب المكلف بما خالف مدلول اللفظ المقيد بالصفة، وإذا كان الحق الواجب عليه بصفة معينة لا يبقى إذا انتفت تلك الصفة - عملاً بقاعدة: «الحق متى وجب بصفة لا يبقى بدونها» - فكذلك الأمر إذا أتى بما شُرِع على غير ما وصف به؛ كان فعله خارجا عن المشروع.

وما يصدق على الأداء للمشروع من التزام بالوصف المطلوب، يصدق على القضاء أيضًا حيث لا بد من التقيد في القضاء بالصفة التي اشترطت في الأداء عملاً بقاعدة: «القضاء بصفة الأداء»[1].

ومع أن صيغة القاعدة لم ترد إلا عند الحنفية، ولم ترد صيغة موافقة أو مخالفة عند غيرهم- حسب ما اطلعنا عليه - إلا أن العمل بمضمونها واضح بيِّن في كتب الفقهاء على اختلاف مذاهبهم وإن وجدنا الاختلاف بينهم في بعض الجزئيات المتعلقة بالتطبيقات، فقد وافق الحنفية - مثلاً - الجمهور في بعض المسائل كما هو الأمر في عدم جواز السَّلَم الحالِّ - أي السلم دون شرط الأجل

(١) اعتُمد على هذه القاعدة كثيرًا عند الأحناف، ووردت أيضًا عند الحنابلة والمالكية وإن لم يطبقوها في بعض الفروع، خلافًا لمقتضى القياس كما وقع في قضاء رمضان حيث " يرى ابن عمر رضي الله عنه وجوب التتابع في القضاء، وكذا روي عن علي والحسن والشعبي، وبه قال أهل الظاهر، بينما ذهب الجمهور ومنهم الأئمة الأربعة إلى استحبابه فقط، وبه قال جمع من الصحابة". انظر: شرح الزرقاني على الموطأ ٢٤٩/٢، وانظر: أيضًا القاعدة في الفروع لابن مفلح ٢٨٩/٣، فتح الباري لابن حجر ١٨٩/٤، وانظرها بصيغة (القضاء يحكي الأداء) ضمن القواعد الفقهية في المعلمة.

لتسليم المسلم فيه- خلافًا للشافعية[١]. وفي حالات أخرى خالفهم الجمهور. وقد يخالفهم البعض ويوافقهم البعض في مسائل كما هو الحال في قولهم بأن الرهن لا يلزم بالعقد بل يلزم بالقبض[٢]؛ وهو رأي الشافعية[٣] خلافًا للمالكية الذين قالوا: «الرهن يلزم بالقول، ولا يتم إلا بالحوز»[٤].

أدلة القاعدة:

إذا شرع الله شيئًا على صفة معينة أو قرن ذكره بوصف فلا بد أن يكون ذلك الوصف شرطًا فيه، إذ لو فرض أنه يمكن الإتيان به دون التقيد بالوصف لما كان للتقييد بالوصف فائدة[٥]، فقد جاء في بدائع الصنائع استدلالاً على أن القبض شرط في لزوم الرهن ما يلي: «قال عامة العلماء إنه شرط وهو الصحيح لقول الله تبارك وتعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقۡبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣]، فدل ذكر القبض مقرونًا بذكر الرهن على أنه شرط وإلا لم يكن لقوله تعالى عز شأنه: **مقبوضة**. معنى، فوصفه سبحانه وتعالى الرهن بكونه مقبوضًا يقتضي أن يكون القبض فيه شرطًا؛ صيانة لخبره تعالى عن الخلف»[٦].

ومثل ذلك قول الله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤۡمِنًا خَطَـًٔا فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤۡمِنَةٍ﴾ [النساء: ٩٢]، فقد وصف الله تعالى الرقبة بكونها مؤمنة؛ فمن أعتق رقبة غير

---

(١) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٤/١١٥.

(٢) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٦/٦٣، كشف الرموز للفاضل الآبي ١/٥٤٢.

(٣) انظر: الحاوي الكبير للماوردي ٦/١٧٩، الشرح الكبير للرافعي ١٠/١٣٨، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي لمصطفى الخِنْ ومصطفى البُغا وعلي الشرْبجي دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق ٧/١٢٢.

(٤) شرح الخرشي على مختصر خليل ٥/٢٤٥، وانظر: منح الجليل لعليش ٥/٤١٨.

(٥) الموسوعة الفقهية الكويتية ٣٢/٢٩٠.

(٦) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٦/١٣٧، مغني المحتاج للشربيني ٢/١٢٨.

مؤمنة لم تجزئه؛ لأنه لم يأت بالمشروع على وصفه[(١)]، والمشروع بصفة لا يوجد بغير تلك الصفة. ومثله قوله ﷺ: «من أسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم»[(٢)]، فكان من شرط السلم أن يكون المسلَم فيه إلى أجل؛ فلا يجوز السلم الحالُّ؛ لأن النبي ﷺ جعل الأجل شرطًا في إباحة هذا العقد[(٣)].

تطبيقات القاعدة :

١- لا شيء على من فاتته صلاة العيد مع الإمام لأن الصلاة بهذه الصفة ما عرفت قربة إلا بفعل رسول الله، وما فعلها إلا بالجماعة، ولا يجوز أداؤها إلا بتلك الصفة، وإذا فاتت فليس لها خلف، فلو أوجبنا عليه القضاء فإما أن يقضي مع التكبيرات أو بدون التكبيرات، ولا يمكنه أن يقضي مع التكبيرات لأن ذلك غير مشروع إلا في صلاة العيد، والمنفرد لا يتمكن من أداء صلاة العيد، ولا يجوز أن يقضيها بدون التكبيرات. والمشروع بصفة لا يوجد بدون تلك الصفة[(٤)].

٢- الزكاة تسقط بهلاك النصاب قبل حلول الحول؛ لأن الشرع علق الوجوب بقدرة ميسَّرة، ألا ترى أن القدرة على الأداء تحصل بمال مطلق، ثم شرط النماء في المال ليكون المؤدى جزأ منه فيكون في غاية التيسير، فلو قلنا ببقاء الواجب بدون النصاب لا نقلب غرامة

---

(١) أجود التقريرات للخوئي ٣٩١/٢، وانظر: مختلف الشيعة للحلي ١٩٧/١٠.

(٢) رواه البخاري ٨٥/٣ (٢٢٣٩) وفي مواضع، ومسلم ١٢٢٦/٣-١٢٢٧ (١٦٠٤) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.

(٣) انظر: شرح صحيح البخاري لابن بطال ٣٧٢/٦.

(٤) انظر: المبسوط للسرخسي ٣٩/٢ - ١٢٤/٢، بدائع الصنائع للكاساني ٢٧٩/١.

محضة فيتبدل الواجب، فلذلك سقط بهلاك المال... فقيام المال بصفة النماء ميسر للأداء فتغير به صفة الواجب فشرطنا دوامه[١].

٣- لا يجوز السلم الحال دون شرط الأجل، فشُرط فيه إعلام الأجل كما شرط إعلام القدر فكان لازمًا كالقدر. وهذا لأن المشروع بصفة لا يوجد بدون تلك الصفة[٢].

٤- إذا كان لرجل على آخر ألف درهم إلى أجل فكفل بها عنه رجل، ولم يذكر في الكفالة أنها إلى أجل فالكفيل بها ضامن للأصيل ويلتزم في ذمته ما هو ثابت في ذمة الأصيل، والثابت في ذمة الأصيل مؤجل إلى سنة مثلاً فيلتزم الكفيل بنفس صفة الدين، وكذلك لو كان في ذمة الأصيل زيوف تثبت في ذمة الكفيل بتلك الصفة، لأن الكفالة التزام لما هو ثابت فلا يثبت إلا بتلك الصفة[٣].

٥- إذا حلف الكافر ثم حنث في حال الكفر أو حنث بعد إسلامه فلا حنث عليه، أي لا كفارة عليه لأنا نعلم أن من كان أهلاً لليمين يكون أهلاً للكفارة، وليس الكافر أهلاً لها لأنها إنما شرعت عبادة يجبر بها ما ثبت من إثم الحنث إن كان، أو ما وقع من إخلاف ما عقد عليه اسم الله تعالى إقامة لواجبه وليس الكافر أهلاً لفعل عبادة، فإن قيل: إيجاب المال يمكن تجريده عن معنى العبادة، فالجواب أن ذلك ليس بشيء؛ لأن هذا القول في إيجاب المال من حيث هو إيجابه، والكلام إنما هو في إيجابه كفارة، وإيجابه كفارة لا يقبل الفصل عن معنى

---

(١) انظر: أصول البزدوي ١/٣٧.

(٢) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٤/١١٥.

(٣) انظر: المبسوط للسرخسي ٢٠/٣٠.

العبادة؛ إذ لو فصل لم يكن كفارة؛ لأن ما شرع بصفة لا يثبت شرعًا إلا بتلك الصفة[١].

٦- الصلاة شرعت بوضوء فلا توجد بدونه[٢] لأن المشروع بصفة لا يوجد بدون تلك الصفة.

٧- إذا أفسد الحاج حجته، وجب عليه القضاء من قابل، ويراعي صفة الحج الفاسد من إفراد وتمتع وقران، قال ابن عبد السلام: «يعني أن الواجب كون القضاء بصفة الأداء حتى يكونا معًا إفرادًا أو تمتعًا أو قرانًا، ولا ينبغي أن يخالف بين صفة الأداء والقضاء»[٣]، لأن الأداء وجب في ذمته على الصفة التي أهلَّ بها فكانت هي المشرعة في حقه؛ والمشروع بصفة لا يوجد بدون تلك الصفة.

٨- إذا لم يجد المظاهر ما يعتق عن ظهاره فعليه صيام شهرين متتابعين بالنص، لأن الواجب المقيد بوصف شرعًا لا يتأدى بدونه[٤].

٩ - إذا وجب على المكلف كفارة ظهار؛ فلا يصح منه أن يمزج بين الصيام والإطعام بحيث يصوم شهرًا واحدًا، ويطعم ثلاثين مسكينًا مثلاً. كما لا يجزئه في كفارة اليمين أن يجمع بين إطعام خمسة مساكين وكسوة خمسة آخرين؛ لأن الله تعالى حدد الكفارة في إطعام عشرة مساكين أو كسوتهم أو تحرير رقبة، وعند العجز صيام ثلاثة أيام؛ فيجب الاقتصار على المحدود بصفته الكاملة ولا يُلفَّق بين

---

(١) انظر: شرح فتح القدير لابن الهمام ٥/٨٦-٨٧.

(٢) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٤/١١٥.

(٣) انظر: مواهب الجليل للحطاب ٣/١٧٠.

(٤) انظر: المبسوط للسرخسي ٧/١٢-١٣.

الأنواع على صفة غير مشروعة[١]، لأن ما شرع بصفة لا يثبت شرعًا إلا بتلك الصفة.

١٠- شرع في الزكاة والأضحية والهدي والكفارات وصف الأوسط من الأموال؛ ومن ثمَّ لا يجزئ فيها المعيب والرديء؛ لأن ما شرع بصفة لا يثبت شرعًا إلا بتلك الصفة[٢].

د. رحال إسماعيل بالعادل

* * *

(١) انظر: المدونة لسحنون ٤٤٩/٢، الكافي لابن عبد البر ١٩٨/١، المبسوط للسرخسي ١٠/٧، تبيين الحقائق للزيلعي ١١/٣، الحاوي الكبير للماوردي ٥٢٧/١٠، المغني لابن قدامة ١٦٢/١، التاج المذهب للعنسي ٢٥٠/٢، المحلى لابن حزم ١٤٠/٦.

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي ١٥/١٢، الأم للشافعي ٥٨/٢، الحاوي الكبير للماوردي ٢٦٦/٣، تفسير القرطبي ٣٢١/٣، ٣٢٦، المغني لابن قدامة ٣٠٥/٢، ٣٦٥، المحلى لابن حزم ٢٦٦/٥، الموسوعة الفقهية ١٤١/٤٣.



رقم القاعدة: ٣٧٠

نص القاعدة: ما حَدَّه الشَّرْعُ لا تَجُوزُ زِيادةٌ فيه ولا نَقْصانٌ[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- المقدر بالشرع لا تجوز الزيادة عليه ولا النقصان[٢].

٢- ما تقدر بالشرع لم يختلف حكمه بالزيادة والنقصان[٣].

٣- ما قدره الله في أصل شرعه وقدر له سببًا معينًا فليس لأحد فيه زيادة ولا نقص[٤].

٤- الزيادة على المقدرات من المشروعات لا تشرع، كالنقص منها[٥].

٥- الزيادة في الدين كالنقص منه[٦].

٦- الزيادة على القدر الثابت شرعًا بالرأي لا تجوز[٧].

---

(١) المبدع لابن مفلح ٩/٤٣، شرح منتهى الإرادات للبهوتي٣/٣٣٦، كشاف القناع للبهوتي ٦/٧٧.

(٢) التجريد للقدوري ١١/٥٧١٠. وانظر: أحكام أهل الذمة لابن القيم ص ١٠٠.

(٣) الحاوي الكبير للماوردي ٢١/٣٣٠. وفي لفظ: "ما قدره الشرع لا يختلف بزيادة ولا نقص" حاشية الجمل ٥/٤٢٨.

(٤) تهذيب الفروق للمالكي ١/٧٤.

(٥) انظر: شرح العمدة لابن تيمية ٢/٣٦٦، سبل السلام للصنعاني ٢/١٨٩.

(٦) تفسير المنار لرشيد رضا ٦/٦٧.

(٧) المبسوط للسرخسي ١١/٢١.

٧- التزام العمل عند ما حدَّه الشرع واجب[١].

قواعد ذات علاقة :

١- «من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد»[٢]. (أعم، دليل).

٢- ليس إلى العباد إبطال قدر العبادات الموظفة عليهم بالزيادة والنقصان[٣]. (أخص).

شرح القاعدة :

ما حدَّه الشرع: أي وضع له قدرًا معينًا سواء أكان تقديرَ الأجل والمدة، مثل تحديد أوقات العبادات كأوقات الصلوات، والصيام، والحج، ومُدَد عِدَد النساء، ومدة الإيلاء، أم كان تحديدَ العدد مثل عدد ركعات الصلوات، وعدد الطواف والسعي ورمي الجمار، أو عدد الضرب في الحدود، أو عدد الشهود في الدعاوى، والجنايات، أو كان تحديد القدر والكمية، مثل مقادير وأنصبة الزكاة، ومقادير الكفارات، وفروض المواريث، ومقادير الديات، أو كان تعيين وتحديد الأماكن، مثل أماكن المناسك من منى وعرفات ومزدلفة، ونحو ذلك من المقدرات الشرعية التي تحديدها تقدير[٤].

ومعنى القاعدة : أن الأمور المقدرة بالشرع لا مجال للرأي فيها، ولا تتغير بتغير الزمان والأحوال؛ لأن ذلك يفضي إلى تغير الشرع بتغير الزمان والأحوال،

---

(١) جواهر التفسير لأحمد الخليلي ٢/١٧٨.

(٢) رواه البخاري ٣/١٨٤(٢٦٩٧)، ومسلم ٣/١٣٤٣-١٣٤٤(١٧١٨)/(١٨)واللفظ له عن أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٣) بدائع الصنائع للكاساني ١/٩٢.

(٤) انظر: الأصول والضوابط للنووي ص٣٣، المجموع له أيضًا ١/١٨٣، المنثور للزركشي٣/١٩٤، ١٩٥.

فإن الشرع يؤخذ عن الشارع بلا زيادة ولا غُلُوّ، ولا نقصان ولا جفاء، ومن بديع كلام الشوكاني – رحمه الله تعالى - في هذا الشأن: «ليس من أثبت الأحكام المنسوبة إلى الشرع بدون دليل بأقل إثماً ممن أبطل ما قد ثبت دليله من الأحكام فالكل إما من التقول على الله تعالى بما لم يقل أو من إبطال ما قدم شرعه لعباده بلا حجة»[١].

فإذا حددت الشريعة لأمر ما قدرًا معينًا فإنه لا يجوز لأحد أن يزيد عليه أو ينقص منه ولا تصح بهذه الزيادة أو النقصان إلا بدليل يصححها وإلا فلا[٢]، سواء كان ذلك في العبادات أو غيرها من أحكام الشرع، فكما أن «أمر العبادة أمر توقيفي لا يعلم إلا من الشارع»[٣]. فكذلك سائر «المقدرات الشرعية لا مجال للرأي فيها»[٤].

والمقدرات الشرعية على أقسام:

الأول : ما يقبل الزيادة ولا يقبل النقصان.

الثاني : ما لا يقبل الزيادة ويقبل النقصان من الحد المقدر شرعًا.

الثالث : ما لا يقبل الزيادة ولا النقصان.

فهذه الأقسام الثلاثة هي أصل في التقدير الشرعي.

---

(١) الدراري المضية للشوكاني ص ٢٨.

(٢) تلقيح الأفهام العلية للسعيدان، القاعدة رقم (١٥):" لا تقبل العبادة إلا بالإخلاص والمتابعة ".

(٣) معارج الآمال للسالمي ٨/ ١١٠. وانظر أيضًا: القواعد الأصولية والفقهية على مذهب الإمامية ٣/ ٣٠٠.

(٤) حاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح ص ٢٨٧، وانظر أيضًا: بدائع الصنائع للكاساني ٧/ ١١٢، فتح القدير لابن الهمام ٢/ ٣٥، الإحكام لابن حزم ٧/ ٣٦٩، التلخيص في أصول الفقه للجويني ٣/ ١٦٧، المستصفى للغزالي ص ٣٢٦، منتهى المطلب للحلي ٣/ ٣٤٨، كشف الرموز للفاضل الآبي ١/ ١٧٤.

فأما القسم الأول: وهو أن التقدير يمنع النقصان ويجيز الزيادة فمثل الرضاع فيه حدٌّ وتقدير شرعي كما حدد الشافعية عدد الرضعات التي تثبت الحرمة بخمس رضعات، فلا تثبت بأقل منها، والزيادة لا تمنعها.

وكذلك أيضًا أنصبة الزكاة، فالزكاة لا يجب في أقل من النصاب المقدر، لكن ما زاد فالزكاة ثابتة فيه، ولا يمنع الزكاة ما زاد وإنما يمنع الزكاة النقص، فالزيادة لم تَمنع والنقص يمنع.

وأما القسم الثاني: فما يقبل النقصان ولا يقبل الزيادة على عكس الأول، مثل تحديد النكاح بأربعة من الحرائر، فيجوز أقل من المقدر ولا يجوز الأكثر. وكذلك تحديد الاستئذان بثلاث، فيجوز الأقل من هذا العدد، ولا يجوز الأكثر.

وأما القسم الثالث: فهو أن التقدير يمنع الزيادة والنقص، فيلزم المكلف بالعدد الوارد، ولا يجوز له أن يزيد عليه ولا يجوز أن ينقص منه، كما في حد الزنا، مثلاً، قال تعالى ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجْلِدُوا۟ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِا۟ئَةَ جَلْدَةٍ﴾ [النور:٢]، فالمائة جلدة هذه لا يجوز لأحد أن يزيد عليها في حد الزنا، ولا يجوز له أن ينقص منها؛ لأنها مؤقتة مقدرة، لا يجوز أن يعطل حد الله عز وجل فينقص منها سوطًا وجلدة واحدة، ولا يجوز أن يظلم المجلود فيزيده بجلدة زائدة على هذا المقدر شرعًا[1].

ومجمل القول أن التقدير والتحديد الشرعي إذا كان لأقل الشيء فلا يجوز النقصان منه وتجوز الزيادة، وإذا كان التحديد لأكثره لا تجوز الزيادة عليه ويجوز النقصان، وإذا كان التحديد مطلقًا، فلا تجوز الزيادة عليه ولا النقصان

---

(١) انظر: شرح زاد المستقنع للشنقيطي، كتاب "الشهادات"، "قبول شاهدين عدلين في بقية الحدود والقصاص " نسخة مرقونة. وراجع أيضًا: المنثور للزركشي ١٥٩/٣.

منه إلا إذا ورد دليل على جوازه، على أن ما يجوز النقص منه أو الزيادة عليه من المقدرات ليس لأحد تشريع أو اعتقاد نقصان المقدار المحدد ولا الزيادة عليه، فمثلاً: الإشهاد على الدين محدد برجلين مع جواز الزيادة، لكن لا يجوز اشتراط أكثر من الرجلين أو الاكتفاء بواحد، وأكثر عدد الزوجات مقدر بأربع مع جواز النقص من هذا العدد، لكن ليس لأحد أن يحدد العدد بثلاث أو خمس، وهكذا.

هذا من ناحية الجواز وعدمه، أما من ناحية الإجزاء وعدمه – أي أن من زاد على المقدر أو نقص منه هل يصح فعله ويجزئ بتلك الزيادة أو يبطل الفعل من أصله؟- ففيه تفصيل، وقد ذكر ما يتعلق بفعل الزيادة على المقدر في العبادات ضمن قاعدة الزيادة على الواجب المقدر.

وهذه القاعدة من القواعد المتفق عليها بين الفقهاء، بل هي من الأمور المعلومة من الدين بالضرورة، من حيث الجملة، وإن كان الفقهاء قد اختلفوا في شيء من الفروع بناءً على اختلافهم في ثبوت أصل التقدير أو قَدْرِه فيها، فمنهم من رآه مقدرًا، بينما رآه آخرون غير مقدر، أو يراه بعضهم مقدرًا بكذا، ويراه آخرون مقدرًا بغير ذلك، فمن الأول: اختلافهم في أقل مدة الحيض وأكثره: فيرى الشافعية والحنابلة أن أقلها يوم وليلة وأكثرها خمسة عشر يومًا بلياليها، وذلك لأنه ورد في الشرع مطلقًا دون تحديد، ولا حد له في اللغة ولا في الشريعة، فيجب الرجوع فيه إلى العرف والعادة، كما في القبض والإحراز والتفرق وأشباهها. وقد وجد حيض معتاد يومًا. قال عطاء: رأيت من النساء من تحيض يومًا وتحيض خمسة عشر.

ويرى المالكية أنه لا حد لأقل الحيض بالزمان.

بينما ذهب الحنفية والزيدية إلى أن أقل الحيض ثلاثة أيام ولياليها، وما نقص عن ذلك فهو استحاضة وأكثره عشرة أيام وليالها، والزائد استحاضة،

وذلك لقوله عليه الصلاة والسلام: «أقل حيض الجارية البكر والثيب ثلاثة أيام، وأكثر ما يكون عشرة أيام، فإذا زاد فهي مستحاضة»[١].

و من الثاني اختلافهم في تطوع الليل هل يكون مثنى مثنى أو يصلي أربعًا أربعًا بناءً على اختلاف النصوص الواردة في المسألة[٢].

أدلة القاعدة:

١- قوله ﷺ: «من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد»[٣]، ويدخل في معناه كل زيادة على المقدرات الشرعية أو النقص منها؛ لأن ذلك ليس عليه أمر الشرع، بل فيه مخالفة له.

٢- الإجماع: قال ابن حزم – رحمه الله تعالى: «اتفقوا أنه مذ مات النبي ﷺ فقد انقطع الوحي وكمل الدين واستقر وأنه لا يحل لأحد أن يزيد شيئًا من رأيه بغير استدلال منه ولا أن ينقص منه شيئًا»[٤]. وكذلك قال عبد العزيز البخاري – رحمه الله تعالى: «لا يجوز نصب أحكام الشرع ولا رفعها بالرأي بالإجماع»[٥]، ولاشك أن من جملة ذلك الزيادة في المشروع المقدر أو النقصان منه.

تطبيقات القاعدة:

١- لا تجوز الزيادة أو النقص من أوقات الصلوات الخمس، وكذلك أعداد الصلوات، والركعات، وكلمات الأذان؛ أو رفع الصوت بأكثر

---

(١) انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية ٢/ ١٤، التاج المذهب للعنسي ١/ ٦٢.

(٢) انظر: الموسوعة الفقهية ٣٤/ ١٢١.

(٣) سبق تخريجه.

(٤) مراتب الإجماع لابن حزم ص ١٧٤.

(٥) كشف الأسرار لعبد العزيز البخاري ١/ ٣٩٧.

من المشروع؛ لأن هذه الأمور محددة من قبل الشارع فلا تقبل الزيادة ولا النقصان بالعقل[1].

٢- لا يجوز لولي الأمر أن يزيد في مقادير وأنصبة الزكاة المقررة شرعًا، ولا أن ينقص منها شيئًا[2]، بناءً على موجب هذه القاعدة.

٣- ليس لأحد أن يزيد في أماكن المشاعر بإحداث غيرها، ولا أن ينقصها عما كان عليه الأمر منذ أن جعلها الله مواضع لأداء العبادات التي شرع أداؤها فيها؛ إذ إن تعيين هذه المواضع وتحديدها من قبل الشرع، والأصل في تحديد المشاعر التوقيف، فلا دخل للعقل فيها بزيادة أو نقص أو تغيير عن مواضعها[3].

٤- يشترط لصحة اللعان أن يكون بتكرار الألفاظ المعينة بالقدر المنصوص عليه، فإن نقصت جملة من الجمل الخمس وحكم به حاكم لم يصح؛ لأنها مقدرة بنص القرآن فكان الإتيان بها واجبًا كسائر المقدرات بالشرع[4].

٥- ليس للموصي – ولا غيره - أن ينقص أحد الورثة من حقه ولا أن يزيد فيه بوصية أو غيرها؛ لأن آية الفرائض قد استوعبت لكل وارث حقه من تركة الميت[5]؛ وما قدره الشرع لا تجوز فيه الزيادة ولا النقصان.

---

(١) انظر: أبحاث هيئة كبار العلماء ٢٤٨/٣. وراجع أيضًا: القواعد والفوائد للعاملي ١٠١/٣، الانتصار على علماء الأنصار ليحيى بن حمزة الحسيني ٤/١، معارج الآمال للسالمي ١٤٥/٦.

(٢) انظر: فقه الزكاة للدكتور القرضاوي ٢٦٦/١ – ٢٦٨، فتاوى اللجنة الدائمة ٤٧١/١١، فتاوى قطاع الإفتاء بالكويت ٢٨٢/١.

(٣) انظر: أبحاث هيئة كبار العلماء ٢٤٨/٣.

(٤) انظر: شرح منتهى الإرادات للبهوتي ١٨٠/٣.

(٥) انظر: المبسوط للسرخسي ١٩٥/٢٩، المنتقى شرح الموطأ للباجي ١٧٦/٦، الأم ٧٦/٤.

٦- الخمس من المغنم لله ولرسوله مؤقت بنص القرآن، فلم يكن للإمام أن يزيد فيه ولا أن ينقص منه باجتهاده. وكذلك لما كان أربعة أخماس الغنيمة بين الغانمين على السواء لم يكن للإمام أن يزيد من ذلك أحدًا لغنائه ولا ينقص من حظه لضعفه، لرأي يراه ولا لمصلحة يعتقدها[١].

٧- لا تتغلظ الدية إلا في الإبل[٢]؛ لأن الشرع ورد به وعليه الإجماع، والمقدرات لا تعرف إلا سماعًا؛ إذ لا مدخل للرأي فيها فلم تتغلظ بغيره، حتى لو قضى به القاضي لا ينفذ قضاؤه[٣].

٨- ليس للإمام أن يزيد في تغريب الزاني غير المحصن على السنة؛ لأن تقديره بالسُّنَّة منصوص عليه[٤]، والمقدر بالنص لا تجوز الزيادة عليه.

٩- من ارتكب موجبًا من موجبات الحد، كأن يسرق، أو يزني، أقيم عليه الحد المقدر شرعًا دون النظر إلى رأي المجني عليه أو إلى شخصية الجاني، وليس للقاضي أن يزيد في العقوبة المقدرة ولا أن ينقص منها شيئًا[٥].

---

(١) انظر: المصدر السابق ٣/١٩٥.

(٢) اختلف الفقهاء في كيفية تغليظ الدية في القتل العمد: فذهب المالكية والحنابلة إلى أنها تجب أرباعًا: خمس وعشرون حقة، وخمس وعشرون جذعة، وخمس وعشرون بنت مخاض، وخمس وعشرون بنت لبون، وتجب في مال الجاني حالة، وذلك تغليظا على القاتل.
وقال الشافعية: دية العمد مثلثة في مال الجاني حالة فهي مغلظة من ثلاثة أوجه: كونها على الجاني، وحالة، ومن جهة السن.
وقال الحنفية: التغليظ في القتل العمد كالتغليظ في شبه العمد من ناحية أسنان الإبل، فتجب أرباعًا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وأثلاثا عند محمد، إلا أنها تجب في مال الجاني وحده ولا تحملها العاقلة.
انظر: الموسوعة الفقهية ٢١/٥٢.

(٣) البحر الرائق لابن نجيم ٨/٣٧٣.

(٤) انظر: الحاوي الكبير للماوردي ١٣/٢٠٤.

(٥) انظر: التشريع الجنائي لعبد القادر عودة ٢/١٦٩، ١٩٣.

١٠- إن عِدد النساء - كعدة المطلقة ثلاثة قروء، وعدة المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرًا - مقدرة بتقدير من الله تعالى، فليس لأحد أن يزيد فيها ولا أن ينقص منها شيئًا.

د. محمد خالد عبد الهادي هدايت

* * *

رقم القاعدة: ٣٧١

نص القاعدة: كُلُّ ما اعْتُبِرَ له الوَقْتُ فلا يَصِحُّ قَبْلَ وَقْتِه[١].

ومعها :

أداء العبادة المؤقتة قبل وقتها لا يجوز[٢].

صيغ أخرى للقاعدة :

١- ما حصل قبل أوانه لا يعتد به[٣].

٢- المؤقت بوقت لا يكون قبل وقته[٤].

٣- من فعل شيئًا قبل وقته يُرَدُّ ما فعل[٥].

٤- كل عمل علق بوقت محدود فإنه لا يصح في غير وقته[٦].

٥- الحكم لا يسبق أوانه[٧].

٦- الشيء يبطل قبل أوانه[٨].

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٦٨/١.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ١٦٠/٢.

(٣) المبسوط للسرخسي ٨٤/٧.

(٤) مجموع فتاوى ابن تيمية ٤٤٤/٧.

(٥) انظر: المصدر السابق ١٠١/٣٣.

(٦) فقه السنة للسيد سابق ٢٧٥/١.

(٧) مجموع الفتاوى ١٤٧/٢٥، ١٣٧/٢٩.

(٨) حاشية السندي على سنن النسائي ١٤١/٦.

٧- لا يجوز فعل المؤقت قبل وقته[١].

قواعد ذات علاقة:

١- الواقع قبل السبب في جميع الأحكام لا يعتد به[٢]. (عموم وخصوص وجهي).

٢- أداء العبادة المؤقتة قبل وقتها لا يجوز[٣]. (أخص).

٣- إسقاط الحق قبل وجوبه لا يصح[٤]. (أخص).

٤- المناسك قبل وقتها لا تجزئ[٥]. (أخص).

٥- من استعجل شيئًا قبل أوانه عوقب بحرمانه[٦]. (متكاملة).

شرح القاعدة:

هذه القاعدة تتعلق بالأحكام التي جعل لها الشرع وقتًا محددًا، وعلى رأسها العبادات المؤقتة.

ومعناها: أن الأحكام التي جُعل لها في الشرع وقت معين يجب حصولها في هذا الوقت، وأن لا تتقدم عليه، فلو وقعت قبله فإنها لا تصح، ولا يعتد بها، ولا تترتب عليها آثارها الشرعية.

---

(١) انظر: مستند الشيعة للحلي ٦٩/٤ - ٧٠.

(٢) الفروق - وما معه- للقرافي ٣٥٥/٣. وانظرها في قسم القواعد الأصولية بلفظ: "الحكم لا يتقدم سببه".

(٣) بدائع الصنائع ١٦٠/٢.

(٤) تبيين الحقائق ٢٥٧/٥. وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "إسقاط الحق قبل وجود سببه لا يصح".

(٥) مجموع الفتاوى ٢٠٣/٢٦.

(٦) أشباه السيوطي ص ١٥٣. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

وقد أجمع الفقهاء على الاعتداد بهذه القاعدة - في الجملة – التي مجالها العام هو العبادات المؤقتة – كما تقدم – مع أنها تندرج تحتها مسائل كثيرة من أبواب متفرقة، كما سيأتي بعضها عند ذكر التطبيقات، إن شاء الله تعالى.

وتتفرع عنها قواعد أخرى تتعلق بمجالات معينة، كما أن لها علاقة وطيدة بالقاعدة الأخرى: «الواقع قبل السبب في جميع الأحكام لا يعتد به «فإنهما تشتركان في الأحكام التي يكون الوقت سببًا لصحتها، مثل دخول الأوقات لصحة الصلوات المفروضة، أو رؤية هلال رمضان لصحة الصيام، فإن وقتهما هو سببهما عند الفقهاء[1]، أما فيما عدا ذلك فتختص إحداهما بتقدم الشيء على سببه، وتختص الأخرى بتقدم الشيء على وقته المعتبر له.

أدلة القاعدة:

١- حديث جندب بن سفيان رضي الله عنه قال: «شهدت مع النبي ﷺ العيد يوم النحر فقال: «من ذبح قبل أن نصلى فليعد مكانها أخرى، ومن لم يذبح فليذبح»[2]. قال ابن بطال عند شرح هذا الحديث: «أجمع العلماء أن من ذبح قبل الصلاة فعليه الإعادة، لأنه ذبح قبل وقته»[3]، ويقاس على الأضحية سائر ما اعتبر له وقت شرعًا، وبخاصة العبادات.

٢- ويدل لها من المعقول أن الوقت المعتبر بمثابة شرط لصحة الأحكام، فلو فعل شيء قبل وقته كان تقديمًا للمشروط على الشرط، وتقديم المشروط على الشرط باطل، كتقديم المسبَّب على السبب[4].

---

(١) انظر: البحر الرائق ٢/ ١٧١، شرح العمدة ٣/ ١٤٦، الموسوعة الفقهية ٢/ ٣٣٣.

(٢) رواه البخـــاري ٧/ ٩٩ (٥٥٠٠) واللفظ له، ورواه بلفظٍ مقارب ٢/ ٢٣(٩٨٥) و٧/ ١٠٢ (٥٥٦٢) و٨/ ١٣٧ (٦٦٧٤) و٩/ ١٢٠ (٧٤٠٠)، ومسلم ٣/ ١٥٥١-١٥٥٢ (١٩٦٠)/(١)(٢)(١٣).

(٣) شرح ابن بطال ٦/ ٢٥.

(٤) انظر: العناية ١/ ٣٨٤.

٣- لو كان العمل المعلق بوقت يصح قبل وقته المحدد لم يكن لاعتبار الوقت فيه معنى، ولما كان ذلك الوقت وقتًا له، وهذا باطل.

تطبيقات القاعدة :

أولاً : تطبيقات هي أحكام جزئية :

١- لو أخطأ القاضي فأمر المرأة فبدأت باللعان ثم التعن الرجل كان عليه أن يأمر المرأة بإعادة اللعان؛ لأنها التعنت قبل أوانه، إذ لعانها يكون بعد لعان الزوج، وما حصل قبل أوانه لا يعتد به فيأمرها باستقبال اللعان[1].

٢- لو أن الحائض، أو النفساء اغتسلتا قبل انقطاع الحيض أو النفاس لم تطهُرا[2]؛ لأن الغسل حصل قبل أوانه، فلم يعتد به شرعًا.

٣- لو أن رجلاً دخل مسجدًا لا محراب فيه وقبلته مشكلة وفيه قوم من أهله فتحرى القبلة وصلى ثم علم أنه أخطأ القبلة فعليه أن يعيد الصلاة لأن التحري حصل في غير أوانه فإن أوان التحري ما بعد انقطاع الأدلة وقد بقي هنا دليل له وهو السؤال فكان وجود التحري كعدمه فيصير كأنه صلى بعد الشك من غير التحري فلا تجزيه صلاته إلا إذا تبين أنه أصاب[3].

٤- إذا اقتسم الورثة دارًا لميت وعليه دين – وليس له مال سواها - ردت القسمة قليلاً كان الدين أو كثيرًا؛ لأن القسمة للإحراز ولا يسلم

---

(١) انظر: المبسوط ٧/ ٨٤.

(٢) انظر: شرح النيل ٢/ ٤٤.

(٣) المبسوط ١٠/ ١٩٥. وانظر: المسالة أيضًا في: بدائع الصنائع ١/ ١١٨، فتح القدير ١/ ٢٧١.

للوارث شيء من التركة إلا بعد قضاء الدين فهذه قسمة قبل أوانها فكانت ملغاة[١].

٥- من حلف أن يفعل شيئًا - غير قضاء الحق - كأكلِ شيء أو شربه، أو بيع شيء أو شرائه، فمتى عين وقته، ولم ينو ما يقتضي تعجيله، ولا كان سبب يمينه يقتضيه لم يبر إلا بفعله في وقته، ولو فعل بعض المحلوف عليه قبل وقته وبعضه في وقته لم يبر أيضًا؛ لأن ترك بعضه في وقته كترك جميعه[٢].

٦- ليس للحاكم أن يستحلف المدعى عليه قبل مسألة المدعي؛ لأن اليمين حق له فلم يجز استيفاؤها من غير مطالبة مستحقها كنفس الحق، فإن استحلفه من غير مسألة أو بادر المنكر فحلف لم يعتد بيمينه؛ لأنه أتى بها في غير وقتها. وإذا سألها المدعي أعادها له لأن الأولى لم تكن يمينه[٣].

٧- من أوصى لغيره بشيء فله أن يرد الوصية أو يقبلها بعد وفاة الموصي؛ ولا حكم لقبول الموصى له ورده في حياة الموصي؛ لأن أوان وجوب الوصية ما بعد موته ولا معتبر بالقبول والرد قبل أوانه[٤].

٨- لو أن شخصًا أبرأ غيره عن دين واجب لمورثه في حياته لا يصح إبراؤه؛ لأنه لم يئن حقه بعد، فإن ثبوت حقه بطريق الخلافة، وذلك

---

(١) انظر: المصدر السابق ١٥/١٩.

(٢) انظر: المغني ١٠/٤٢.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٦/٢٢٤، المهذب ٢/٣٠٠، المغني ١٠/١٢٤.

(٤) انظر: المبسوط ٢٨/٤٧.

وتجدر الإشارة إلى أن اعتبار قبوله قبل موت الموصي متفق عليه، وعدم اعتبار رده قول الجمهور، على ما في الموسوعة الفقهية ٤٣/٢٢٩.

بعد موت المورث، وإذا أسقط حقه قبل أوانه كان باطلاً[١]، بناءً على هذه القاعدة.

٩- من طاف طواف الإفاضة قبل يوم النحر لا يجزئه؛ لأن فعل طواف الإفاضة قبل يوم النحر كلا فعل؛ لأنه فعلٌ له قبل وقته، فلم يعتد به[٢].

ثانيًا: تطبيقات هي قواعد فقهية:

٣٧٢ـ نص القاعدة: أَدَاءُ العِبَادَةِ المُؤَقَّتَةِ قَبْلَ وَقْتِها لا يَجُوزُ[٣].

ومن صيغها:

١- كل عبادة مؤقتة بميقات لا يجوز تقديمها عليه[٤].

٢- العبادة قبل وقتها لا تصح[٥].

٣- فعل الواجب قبل وقته غير جائز[٦].

٤- لا يجوز أن يعمل أحد شيئًا من الدين مؤقتًا بوقت قبل وقته[٧].

٥- لا يجوز تقديم العبادة قبل وقت وجوبها[٨].

٦- فعل العبادة قبل وقتها لا يقع أداءً ولا قضاءً[٩].

---

(١) انظر: المبسوط ١٥٤/٢٦.

(٢) انظر: العناية ١٨/٣، شرح الخرشي ٣٣٧/٢.

(٣) بدائع الصنائع ١٦٠/٢.

(٤) تفسير القرطبي ٣٠١/١٦. وبنحوه في مستند الشيعة ٤٢٣/٩.

(٥) تبيين الحقائق ٩٢/٢. وبنحوه في شرح العمدة ٥٠٨/٣.

(٦) شرح العمدة ٣٩٣/٢.

(٧) المحلى ٦٩/١.

(٨) جواهر الكلام ٣٣٢/٣٥. وفي لفظ: "كل عبادة فعلت قبل وجوبها لم تصح" تفسير القرطبي ٢٧٥/٦.

(٩) تحرير الكلام ٤٩٤/١.

٧- العبادة لا تنعقد في غير وقتها[١].

شرح القاعدة:

هذه القاعدة متفرعة من القاعدة الآنفة الذكر؛ لأنها خاصة بالعبادات، وبخاصة العبادات البدنية، وهي تنص على أن العبادات التي عين لها الشارع أوقاتًا محددة لا يجوز تقديمها عليها، مثل الصلوات المفروضة، وصلاة الجمعة، والعيدين، وصيام رمضان، والحج، والأضحية، ونحو ذلك من العبادات المؤقتة التي يعتبر الوقت سببًا لوجوبها، فمن تعجل شيئًا من هذه العبادات المؤقتة قبل أوانها فإنها لا تجزئ عنه، إلا إذا قام الدليل على الاعتداد بفعله قبل وقته استثناءً من هذه القاعدة. وهذا باتفاق الفقهاء؛ لأن العبادات مبناها على التوقيف، وقياسًا لسائر العبادات على الصلاة التي ثبت توقيتها في قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلصَّلَوٰةَ كَانَتۡ عَلَى ٱلۡمُؤۡمِنِينَ كِتَٰبٗا مَّوۡقُوتٗا﴾ [النساء: ١٠٣]. قال الشوكاني في تفسير الآية: «أي محدودًا معينًا يقال وقَّته فهو موقوت ووقَّته فهو مؤقت والمعنى إن الله افترض على عباده الصلوات وكتبها عليهم في أوقاتها المحدودة لا يجوز لأحد أن يأتي بها في غير ذلك الوقت إلا لعذر شرعي من نوم أو سهو أو نحوهما»[٢].

أما العبادات التي لا يعتبر الوقت سببًا لوجوبها، وإن كان الوقت شرطًا فيها، كالزكاة، وصدقة الفطر، فإن الفقهاء يختلفون في جواز تعجيل الأداء عن وقت وجوبها أو عن أسبابها[٣].

ومن الذين قالوا إنها لا تجزئ قبل وقتها ابن حزم، حيث قال – رحمه الله

---

(١) حاشية البجيرمي ٢/١٠٩، حاشية الجمل ٢/٣٩٦.

(٢) تفسير فتح القدير ١/٥١٠.

(٣) انظر: الموسوعة الفقهية ٢/٣٣٣.

تعالى: «كل عمل في الشريعة فهو إما معلق بوقت محدود الطرفين أو بوقت محدود المبدأ غير محدود الآخر فما كان معلقًا بوقت محدود الطرفين لم يجز أن يؤتى به في غير وقته ولا قبل وقته ولا بعده إلا بنص أو إجماع بالمجيء به في غير وقته فيوقف عنده وإلا فلا كالصلاة وصيام رمضان والحج والأضحية ونحو ذلك وما كان معلقًا بوقت محدود الأول غير محدود الآخر فلا يجزي قبل وقته» إلى أن قال: «وبيقين يدري كل ذي حس أن من صلى الصلاة قبل وقتها أو بعد خروج وقتها عامدًا أو صام رمضان قبل وقته أو بعد خروجه عامدًا أو أدى الزكاة قبل وقتها أو حج قبل الوقت أو بعد الوقت فقد تعدى حدود الله فهو ظالم في ذلك وعمله ظلم والظلم لا يجزي من الطاعة وكذلك بلا شك أنه قد عمل عملاً ليس عليه أمر الله تعالى ووضع عمله في غير موضعه فهو مردود بلا شك»[١].

وكان القياس يقتضي أن يكون حكم ما تأخر عن وقته مثل حكم ما تقدم اطرادًا، غير أن الشرع قد سامح في حالة التأخير فاعتبر قضاءها بعد الوقت مجزئًا. قال في تبيين الحقائق «العبادة قبل وقتها لا تصح أصلاً، وبعدها تصح في الجملة»[٢]. وقال قبله الماوردي: «أعمال الأبدان إذا قدمت قبل وقتها لم تجز وإن فعلت بعد وقتها أجزأت كالصلاة لا تجزئ إذا قدمت على وقتها وتجزئ إذا فعلت بعد وقتها»[٣].

---

(١) النبذة الكافية لابن حزم ص ٥١.
(٢) تبيين الحقائق ٢/٩٢.
(٣) الحاوي ٤/٥٧.

ومن تطبيقاتها:

١- من ظن دخول وقت صلاة فريضة فصلى، ثم بان له أنه صلى قبل دخول الوقت لا تجزئه عن الفرض بالإجماع[١].

٢- من لم يمكنه التعرف على الأشهر بالخبر واشتبه عليه شهر رمضان، كأن كان محبوسًا أو كان في بعض النواحي النائية عن الأمصار، أو بدار حرب: فصام شهر رمضان بالتحري ثم إن تبين أنه صام شهرا قبله، فذهب عامة الفقهاء إلى أن صومه لا يجزئه؛ لأنه أدى العبادة قبل وجود سبب وجوبها فلم تجزئه كمن صلى قبل الوقت[٢].

٣- من فعل شيئًا من أعمال النسك قبل أوانه: كأن رمى قبل يوم النحر، مثلاً، فإن ذلك لا يجزئه؛ لأن هذه الأعمال لها أوقات محددة شرعًا.

٤- لا يجوز أن يؤذن لشيء من الصلوات قبل دخول وقتها بالإجماع – إلا صلاة الصبح وحدها عند بعض الفقهاء-[٣]، بناءً على مقتضى هذه القاعدة.

٥- من أوتر في وقت العشاء قبل أن يصلي العشاء، وهو ذاكر لذلك لم يجزه بالاتفاق؛ لأنه أداها قبل وقتها[٤].

٦- زمان الوقوف بعرفة من حين تزول الشمس من يوم عرفة إلى طلوع الفجر الثاني من يوم النحر، حتى لو وقف بعرفة في غير هذا الوقت

---

(١) انظر: الأم ١/٧٩، الاستذكار ١/٢٣، المغني ٣/٥٠، المعتبر للحلي ٢/٦٢، النبذة الكافية لابن حزم ص ٥١، المقنعة ص ٩٤، شرح النيل ٤/٤٤.

(٢) انظر: الموسوعة الفقهية ١٠/١٩٢ – ١٩٣.

(٣) انظر: الاستذكار١/٤٠٦، بداية المجتهد١/٧٨، الكافي لابن قدامة ١/١٢٣، كشف اللثام ٦/٢٤٤، البحر الزخار ٢/١٨٤.

(٤) المبسوط ١/١٥٠. وانظر: المحلى ٣/١٠٣.

كان وقوفه، وعدم وقوفه سواء باتفاق الفقهاء؛ لأنه فرض مؤقت فلا يتأدى في غير وقته كسائر الفرائض المؤقتة[١].

٧- من ذبح الأضحية قبل وقت الذبح - يوم النحر - لا تجزئه؛ لأنها عبادة مؤقتة، فلم تصح قبل وقتها المحدد شرعًا[٢].

ومن مستثنياتها:

١- يجوز جمع التقديم بين الصلاتين في السفر والمطر والمرض عند الجمهور - خلافًا للحنفية؛ لورود أدلة على جواز ذلك[٣].

٢- أذان الفجر، يجوز تقديمه على الوقت عند الجمهور -خلافًا للحنفية أيضًا. قال ابن عبد البر - بعد أن أشار إلى الاختلاف فيه: «والذي أقول به أنه جائز الأذان للصبح قبل الفجر لصحة الإسناد بذلك في حديث ابن عمر على أن يؤذن لها مع ذلك المؤذن مؤذن آخر قرب الفجر استحسانًا واحتياطًا»[٤].

د. محمد خالد عبد الهادي هدايت

* * *

(١) انظر: بدائع الصنائع ٢/١٢٥- ١٢٦، مجموع الفتاوى ٢٦/٢٣٣.
(٢) انظر: النبذة الكافية ص ٥١، شرح النيل ٤/٢٠٥.
(٣) انظر: الأم ١/٧٩، المغني ١/٣٦٨.
(٤) الاستذكار ١/٤٠٦. وانظر أيضًا: الإجماع لابن المنذر ص ٣٧، الحاوي ٢/٢٦.

رقم القاعدة: ٣٧٣

نص القاعدة: يُمْنَعُ في حُكْمِ الدِّينِ اعْتِمادُ الحَزْرِ والتَّخْمِينِ[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- التخمين البحت لا ينبغي أن تسند إليه الأحكام الشرعية[٢].

٢- الأحكام لا تبنى على مجرد الظن والتخمين[٣].

٣- الحكم بالظن في دين الله عز وجل لا يجوز[٤].

٤- التخمين لا يفيد[٥].

٥- لا يُتَقَحَّم شرعُ الله بالظن والتخمين[٦].

قواعد ذات علاقة:

١- الأصل أن لا تُبْنَى الأحكام إلا على العلم[٧]. (أعم).

---

(١) بدائع السلك لابن الأزرق ٢/١٤٢، أبو عبد الله المقري وقواعده الفقهية للأكناو، نسخة مرقونة ص ١٠٧.

(٢) تفسير فتح القدير للشوكاني ١/٢٥٧.

(٣) فتاوى الشبكة الإسلامية، رقم الفتوى ٦١١٦ لا يمنع استخدام الهاتف النقال ويأثم من فرط في التوقي من الأضرار الناشئة عنه.تاريخ الفتوى ١٦ صفر ١٤٢٠هـ.

(٤) المحلى لابن حزم ٢/٢١١.

(٥) انظر: الروض النضير للسياغي ٢/٢٥٦.

(٦) فتاوى الشبكة الإسلامية رقم الفتوى ٧٣٠٩١ من شروط جواز سفر المرأة للدراسة في الغرب.

(٧) الذخيرة للقرافي ١/١٧٧.

٢- الحكم بالحزر والتخمين لا يجوز[١]. (أخص).

٣- لا عبرة للتوهم[٢]. (متكاملة).

شرح القاعدة:

الحَزْر في اللغة: من حَزَرَ الشيء يحْزِرُهُ ويحْزُرُه حَزْرًا: قدره بالحدس، تقول أنا أَحْزُرُ هذا الطعام كذا وكذا قفيزًا، والمَحْزَرَةُ الحَزْرُ[٣].

والتخمين أيضًا: القول بالحدس[٤].

والحزر والتخمين، والحدس، والخرص والتحري كلها ألفاظ متقاربة المعنى، وهي تحديد الشيء بالظن والتقدير[٥]، أو بعبارة أخرى: هو الظن الذي لا يستند إلى أمارة[٦] شرعية، أما الظن الناشئ عن الأمارة غير الشرعية فيلحق بالحزر والتخمين من حيث عدم اعتباره وبناء الحكم عليه. قال القرافي- رحمه الله تعالى: «الظن قد ينشأ عن أمارة شرعية.... وقد لا ينشأ عن أمارة شرعية فلا يعتبر شرعًا وإن كان أرجح في النفس من الناشئ عن الأمارة الشرعية كشهادة ألف من عُبَّاد أهل الكتاب بفلس فإنا لا نتبع هذا الظن ولا يثبت الفلس، وإن قوي في أنفسنا صدقهم»[٧].

---

(١) البهجة في شرح التحفة للتسولي ١/٣٩، وبنحوه في منح الجليل ٨/٣٣٦.
والمراد بالحكم هنا الحكم القضائي.

(٢) مجلة الأحكام العدلية – وشروحها – المادة ٧٤. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٣) المحكم والمحيط الأعظم لسان العرب، مادة "حزر"، طلبة الطلبة ص٣٠٣.

(٤) تاج اللغة وصحاح العربية، مادة " خمن ".

(٥) انظر: الموسوعة الفقهية ١٩/٩٩.

(٦) انظر: التبصرة للشيرازي ص ٤٣١.
قال ابن فرحون: "اعلم أن الشرع لم يعتبر مطلق الظن في غالب المسائل وإنما يعتبر ظنونا مفيدة مستفادة من إمارة مخصوصة وذلك فيما لا سبيل فيه إلى القطع كالشهادة أن المديان معدم فإنهم إنما يشهدون على علمهم وقد يكون الباطن بخلافه " تبصرة الحكام ٢/١٣. وانظر أيضًا: كشف الأسرار ٣/٥١٨.

(٧) الذخيرة ١/١٧٧.

ومفاد القاعدة: أنه لا يجوز في الأحكام الشرعية الاعتماد على الحزر والتخمين والظن المجرد عن أي قرينة وأمارة شرعية، بل يجب أن تبنى الأحكام على العلم واليقين ما أمكن. ومن ثم منع الحكم بالنجوم والفأل، والفراسة ونحو ذلك من الأمور المبنية على مجرد الحزر والتخمين والحسبان(١).

هذا هو الأصل: أن لا تبنى الأحكام إلا على العلم واليقين، وأن يمتنع العمل بمجرد الحدس والتخمين والظن العاري عن أي دليل معتبر شرعًا، إلا حيث تدعو الضرورة إليه، كأن يتعذر اليقين، أو كان في تحصيل العلم واليقين حرج ومشقة، فيجب الرجوع إلى غلبة الظن عندئذ في الفروع الفقهية(٢)، وإن كان طريق تحصيلها التخمين والتقدير، مثل قيم المتلفات، وأروش الجنايات التي لم يقدرها الشرع، غير أن الفقهاء لا يسمون مثل هذه العملية الحزر والتخمين عادة، وإنما يسمونه الاجتهاد والتحري، ونحو ذلك من المصطلحات، ولا يذكرون الحزر والتخمين والحدس إلا ويقرنون به غالبًا ما يدل على أن ذلك ممنوع ومنهي عنه في أحكام الشرع(٣).

ويتبين مما سبق أن المواضع التي أجاز فيها الشرع الحكم بناءً على الحزر

---

(١) انظر: بدائع السلك ١٤٢/٢.

(٢) انظر: الذخيرة للقرافي ١٧٧/١، و٢٩٤/٢،إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام لابن دقيق العيد ٢١٦/١.

(٣) ولا يعكر على هذا ما قاله ابن العربي من أن " الحزر والتخمين معيار في الشرع " [المسالك في شرح موطأ مالك ٦-٢٦]، لأن الظاهر أنه أراد المواضع المستثناة التي يجوز فيها الحكم بالحزر والتخمين، ولم يقصد عموم الحكم به، بدليل أنه قال ذلك في سياق وجوب التماثل في بيع الأموال الربوية، ويجوز أن يدرك ذلك بالحزر والتخمين، قال: " إن مالكًا قال: إن العلم بالتماثل يجوز أن يدرك بالتحري في الأموال الربوية " إلى أن قال:" إن مالكًا جعل الحزر والتخمين طريقًا من المعرفة بالظاهر من التماثل...، والحزر والتخمين..." إلخ

ومما يؤكد أنه لا يقصد العموم أنه نص على أن عدم جواز الحكم بالفراسة، لأنه حكم بالظن والتخمين. انظر: آيات الأحكام لابن العربي ١٠٧/٣، تبصرة الحكام ١١٥/٢.

والتخمين تكون مستثناة من هذه القاعدة، مثل خرص الثمار[١] – عند من يرى ذلك - ونحو ذلك من المسائل.

والقاعدة محل اتفاق بين الفقهاء من حيث الجملة[٢]، وقد تظاهرت أقوالهم – على اختلاف مذاهبهم - على عدم الاعتداد بالحزر والتخمين والظن المجرد عن الأمارة، فمن ذلك، مثلاً، قولهم: «لا خلاف أن الحكم بالحزر والتخمين لا يجوز»[٣]، وقال آخر: «وليس هذا الكلام من باب استخراج الحكم الشرعي بالظن والتخمين كي يكون مشمولاً للأدلة الناهية عن العمل بالظن والقول بغير علم والافتراء على الله»[٤]، ومن ذلك أيضًا قولهم: «لا يجوز المصير إلى الرأي قبل العمل على تحصيل النصوص الواردة في المسألة، أو القول بالرأي غير المستند إلى الكتاب والسنة، بل بمجرد الخرص والتخمين»[٥]، ومع اتفاقهم على أصل القاعدة إلا أنهم قد يختلفون في تخريج بعض المسائل عليها بناءً على اختلافهم في كون الحكم هل هو مبني على حدس وتخمين غير معتبر شرعًا أو هو من باب الاجتهاد المشروع، كاختلافهم، مثلاً - في لزوم قول القائف، أو خارص الثمار، أو الحكم بالفراسة.

والقاعدة ذات مجال واسع تجري في كافة المواضع التي يتصور فيها بناء الأحكام استنادًا إلى الحزر والتخمين، مع أن المطلوب فيها شرعًا العلم والتحقق واليقين، أو الرجوع إلى غلبة الظن. والله تعالى أعلم.

---

(١) انظر: البرهان في أصول الفقه ٢/٦٤٦.

(٢) وأشدهم اعتدادًا بها الظاهرية نفاة القياس الذين منعوا الأخذ حتى بالظن الغالب. انظر: المحلى ٩/٣٦٣.

(٣) التاج والإكليل ٦/١٣٥.

(٤) القواعد الفقهية للبجنوردي ١/١٩٢.

(٥) الموسوعة الفقهية ٣٢/٣٣.

أدلة القاعدة :

١- قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِۦ عِلْمٌ﴾ [الإسراء: ٣٦].

قال القتبي في تفسير الآية الكريمة: أي «لا تتبع الحدس والظنون»(١).

فقد نهت الآية الكريمة عن أن يتبع الإنسان ما ليس له به علم بل يكون سبيله الحدس والتخمين والظن المجرد عن الأدلة والأمارات الشرعية، ويشمل ذلك كل قول بلا علم وأن يعمل الإنسان بما لا يعلم(٢).

٢- جميع النصوص التي تذم الظن وتنهى عن اتباعه والحكم به، مثل قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلظَّنَّ لَا يُغْنِى مِنَ ٱلْحَقِّ شَيْـًٔا﴾ [يونس: ٣٦] وقوله ﷺ: «إياكم والظن فإن الظن أكذب الحديث»(٣)، والمراد به «الظن الذي لا يستند إلى أمارة وهو الحدس والتخمين»(٤)، فليس كل ظن منكرًا، إنما المنكر هو الظن الذي ليس له أصل معتبر يبنى عليه.

٣- إن الأصل في أحكام الشرع أن لا تبنى إلا على العلم واليقين، والمنع من الحكم بالظن(٥)، فإن تعذر ذلك فإن الظن الغالب ينزل منزلة اليقين في العمل به، أما مجرد الظن والتخمين والحدس فإنه لا يفيد التحقق والتيقن، بل هو يخطئ ويصيب فلم يجز الاعتماد عليه في الأحكام الشرعية.

---

(١) الجامع لأحكام القرآن ٢٥٧/١٠.

(٢) انظر: معني القرآن للنحاس ١٥٦/٤، أضواء البيان ١٤٥/٣.

(٣) رواه البخاري ١٩/٨ (٦٠٦٦)، ومسلم ١٩٨٥/٤ (٢٥٦٣) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٤) التبصرة للشيرازي ص ٤٣١.

(٥) انظر: الذخيرة للقرافي ١٧٧/١، و٢٩٤/٢، إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكـام لابن دقيق العيد ٢١٦/١.

تطبيقات القاعدة :

١- من اشتبهت عليه القبلة – أو وقت الصلاة - فلم يجتهد ولم يتحر في جهة القبلة، أو في الوقت، بل صلى بمجرد التخمين فإنه لا تصح صلاته بالاتفاق، وتجب عليه الإعادة، سواء أصاب القبلة أو لم يصب[١]، بناءً على موجب هذه القاعدة.

٢- لا يجوز للقاضي الحكم بناءً على الفراسة – وهي الظن الناشئ عن تثبيت النظر في الظاهر لإدراك الباطن؛ لأن الحكم بها من باب الحكم بالظن والحزر والتخمين، وذلك لا يجوز[٢].

٣- قال الحنفية: لا يجوز الاعتماد على القيافة في إثبات النسب ونحوه؛ لأنه حزر وتخمين فلا يجوز كالاعتماد على النجوم وعلى علم الرمل والفأل والزجر وغير ذلك من أنواع الحزر والتخمين[٣].

٤- لو أن رجلاً استغل ضيعة رجل ظلمًا فشهد الشهود أن قيمة غلة الضيعة على التقريب كذا، فلا تجوز هذه الشهادة المبنية على التقريب والتخمين[٤]؛ لأن الشهادة يجب أن تكون عن مشاهدة وعيان ولا يكفي فيها التخمين والحِسبان[٥].

---

(١) انظر: المجموع ٢٠٤/١، و٧٨/٣، و٣١٣/٦، المنثور ٢٦٧/٢.

(٢) هذا مذهب عامة الفقهاء، وخالف في ذلك بعضهم وأجاز الحكم بالفراسة، وهذا ما انتصر له ابن القيم. انظر: زاد المعـاد ١٥٣/٣، تبصرة الحكام ١١٥/٢، التاج والإكليل ١٣٥/٦، معين الحكام ٣٣٢/٢، الموسوعة الفقهية ٢٤٧/١.

(٣) هذا مذهب الحنفية ومن وافقهم كالإمامية، في عدم اعتبار القيافة، خلافًا للجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية وغيرهم ممن اعتبروا القيافة من أدلة إثبات النسب شرعًا. انظر: المبسوط ٧٠/١٧، الفروق للقرافي ٢٢٦/٣، المحلى ١٤٨/١٠، مصباح الفقاهة ٥٨٨/١، شرح النيل ٤٩٥/١٥.

(٤) انظر: تبصرة الحكام ١٣/٢.

(٥) درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٣٠٥/٤.

٥- من اشتبه عليه ماء طاهر بغيره، وجاز له استعمال أحدهما بالاجتهاد والتحري، فإنه يجوز له العمل بالاجتهاد بشرط ظهور العلامة، ولا يجوز له الإقدام على أحدهما بمجرد الحدس والتخمين[١].

٦- لا يجوز الاعتماد على الحساب في تحديد الشهور والأعوام؛ لأنه عمل يقوم على مجرد الظَّن والتخمين والتقدير[٢].

٧- لو أن رجلاً مات عن إخوة لأب، وعن أم حامل من غير أبيه تدعي الأم أن الحمل كان موجودًا في البطن عند موت المورث وأنه كان ظاهرًا وأخبر النساء بذلك فإنه لا يرث ولا يورث لو جاءت به لأكثر من ستة أشهر لكونه موجودًا باعتبار إخبار النساء بذلك ودعوة الأم ذلك؛ لأن وجوده غير متيقن حين الموت لاحتمال حدوثه بعده فلا يرث للشك، ولا فائدة لإخبار النساء في حق الإرث؛ لأن إخبارهن مبني على الحدس، والتخمين[٣].

٨- قال الحنفية: لا يلزم الحكم بالخَرْص - وهو اجتهاد في معرفة قدر الشيء «من التمر والعنب» لمعرفة قدر الزكاة فيه؛ لأنه ظن وتخمين فلا يلزم به حكم[٤].

---

(١) انظر: تحفة المحتاج ١/١١٤.

(٢) هذا قول عامة الفقهاء في جميع المذاهب، وهناك من قال بجواز الاعتماد على الحساب الفلكي. انظر: شرح الزرقاني ٢/٢٠٧، جواهر الكلام ١٦/٣٦٤، شرح النيل لأطفيش ٢/٣، الموسوعة الفقهية الكويتية ٢٢/٣٢.

(٣) انظر: تنقيح الفتاوى الحامدية لابن عابدين ٧/٣٧١.

(٤) وخالفهم الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة ومن وافقهم من الإمامية وغيرهم، وقالوا: يلزم الحكم بالخرص، لورود الأدلة على جوازه. انظر: المبسوط للسرخسي ٦/٣٢ الأم ٢/٣٢، التلقين للقاضي عبد الوهاب ١/١٦٦، المغني ٢/٣٠١، المبسوط للطوسي ١/٢١٥، الموسوعة الفقهية ١٩/٢١.

٩- لا يجوز أن يباع المال الربوي بجنسه مجازفة أو بالتخمين؛ لأن بيع الربوي يشترط فيه تحقق المماثلة بينهما، ولا يمكن أن تتحقق المماثلة في البيع الجُزَاف، لأنه قائم على التخمين والتقدير، والمماثلة شرعًا لا تثبت بهذا الطريق[1].

د. محمد خالد عبد الهادي هدايت

* * *

(١) انظر: فتح العزيز للرافعي ١٠٧/٨، الموسوعة الفقهية ٧٦/٩، ١٧٥/١٣. وراجع أيضًا: المبسوط ١٥٤/١١.

وتجدر الإشارة إلى أن بيع الجزاف جائز عند المالكية بشروط سبعة، قال ابن رشد الحفيد: "اتفقوا على أنه لا يجوز أن يباع شيء من المكيل أو الموزون أو المعدود أو الممسوح إلا أن يكون معلوم القدر عند البائع والمشتري. واتفقوا على أن العلم الذي يكون بهذه الأشياء من قبل الكيل المعلوم أو الصنوج المعلومة مؤثر في صحة البيع، وفي كل ما كان غير معلوم الكيل والوزن عند البائع والمشتري من جميع الأشياء المكيلة والموزونة والمعدودة والممسوحة، وأن العلم بمقادير هذه الأشياء التي تكون من قبل الحزر والتخمين، وهو الذي يسمونه الجزاف يجوز في أشياء ويمنع في أشياء.

وأصل مذهب مالك في ذلك أنه يجوز في كل ما المقصود منه الكثرة لا آحاد وهو عنده على أصناف... إلخ". بداية المجتهد ١٥٨/٢، ٢٠٤. وانظر: شروط جواز بيع الجزاف في الفواكه الدواني للنفراوي ١١٥٠/٣.

رقم القاعدة: ٣٧٤

نص القاعدة: الوَاجِبُ المُقَيَّدُ بِوَصْفٍ شَرْعًا لا يَتَأَدَّى بِدُونِهِ[١].

ومعها :

- ما وجب دفعه على صِفةٍ فأخل بِها عِند الدفعِ لم يجزِئ بل لا بد مِن استرداده ودفعه على وجهه.

صيغ أخرى للقاعدة :

١- من وجب عليه فعل بصفة لا يكون مؤديًا له من دون تلك الصفة[٢].

٢- المقيد بوصف يجب أن يؤتى به بذلك الوصف[٣].

قواعد ذات علاقة :

١- «من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رَدٌّ»[٤]. (أعم، دليل).

٢- مبنى العبادات على رعاية الاتِّباع[٥]. (عموم وخصوص وجهي).

٣- ما شرع بصفة لا يثبت شرعًا إلا بتلك الصفة[٦]. (أعم).

---

(١) المبسوط للسرخسي ١٢/٧.

(٢) المصفى لابن الوزير ١/٤٥٤. وبنحوه في المستصفى للغزالي ص ٢١٦.

(٣) بغية المسترشدين لبا علوي ص٢٦٥.

(٤) رواه مسلم ٣/١٣٤٣-١٣٤٤ (١٧١٨)/(١٨) عن عائشة رضي الله عنها، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٥) أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ١/٢٢٤، وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "الأصل في العبادات التوقيف".

(٦) فتح القدير لابن الهمام ٥/٨٧.

٤- الفعل المقيد بوصف ينتفي اعتباره بانتفاء ذلك الوصف المقيد به[١]. (أعم).

٥- ما وجب دفعه على صفة فأخل بها عند الدفع لم يجزئ بل لا بد من استرداده ودفعه على وجهه[٢]. (أخص).

شرح القاعدة:

المقيَّد له تعريفات كثيرة عند الأصوليين والفقهاء، منها: هو اللفظ الذي أضيف إلى مسماه معنى زائد عليه نحو: رجل صالح، وذلك في مقابلة المطلق الذي هو اللفظ الموضوع لمعنى كلي، نحو: رجل[٣].

هذه قاعدة مهمة من القواعد المتعلقة بكيفية أداء الواجبات الشرعية، وهي تعني أن الواجب الذي أوجب الله فعله بوصف معين وجب على المكلف التقيد والالتزام بذلك الوصف، وأن يأتي به على وجهه المطلوب والمقيد به شرعًا، فإن أخل بشيء من ذلك، وأداه على غير صفته المشروعة فإنه لا يجزئه، ولا يعتبر مؤديًا له، ووجب عليه استئنافه.

والمراد بالواجب المقيد في الأعم الأغلب هو العبادات التي أوجب الشرع الإتيان بها مقيدةً بوصف معين، ولذلك عبر بعض الفقهاء عن معنى هذه القاعدة بقوله: «إذا أُتِيَ بالعبادة على غير الجهة المأمور بها فهي فاسدة»[٤]، فمثلاً: الوضوء شرع مرتبًا، فمن أخل بالترتيب فيه لم يصح، وكذلك الصلوات المفروضة فإنها لما كانت على المؤمنين كتابًا موقوتًا وجب أداؤها في أوقاتها

---

(١) الفتاوى الفقهية الكبرى لابن حجر الهيتمي ٤/١٤٦.

(٢) المنثور في القواعد للزركشي ٣/١٥٧.

(٣) انظر: الذخيرة للقرافي ١/١٦٠، مواهب الجليل للحطاب ٣/٢٨٠.

(٤) بداية المجتهد لابن رشد الحفيد ١/١٩٦.

المعينة، فلا يجوز ولا يجزئ فعلها في غير أوقاتها، كما قيد أداؤها بوصف القيام، فمن صلى جالسًا وترك القيام مع القدرة عليه لا تصح صلاته، وكذلك ما يجب تحريره من الرقبة في كفارة القتل الخطأ وصفت بكونها مؤمنة، فلا تجزئ الكافرة، ووصف صيام الشهرين في كفارة القتل الخطأ وفي كفارة الظهار - لمن لم يجد الرقبة - بكونهما متتابعين، فمن صامهما غير متتابعين لم يجزئه، وكذلك قيد الإطعام والكسوة في كفارة اليمين بوصف الأوسط مما يطعم أهله أو يكسوهم، فلم يجزئ ما دون الأوسط، وهكذا في سائر الواجبات التي قيد الشرع فعلها بصفة معينة وجبت مراعاة تلك الصفة والقيد لإجزائها؛ لأن المقيد بوصف بمثابة المشروط بشرط، ومعلوم أن المشروط بشرط لا يوجد بدون وجود الشرط.

والمراد بالوصف هنا كل وصف تتوقف عليه صحة المأمور به شرعًا، فيدخل فيه الصفة والكيفية، والهيئة، والنوع، والعدد، والقدر، والزمان والمكان، ونحو ذلك مما يعتبر وصفًا من الناحية الفقهية.

ووجه تفرع هذه القاعدة عن قاعدة «من عمل عملاً ليس عليه أمرنا» فهو رد واضح؛ ذلك لأن من وجب عليه فعل شيء من العبادة على صفة معينة، فأخل بها، ولم يؤدها على وجهها، فقد خالف أمر الشرع، ومن خالف المشروع كان ما عمله مردودًا عليه غير مجزئ. وكذلك القاعدة الأخرى «مبنى العبادات على رعاية الاتباع» أعم من هذه القاعدة؛ لأنها تشمل رعاية الاتباع في أصل العبادة ووصفها، وهذه خاصة برعاية الوصف المقيَّد به شرعًا، كما أن القاعدة التي بين أيدينا أعم من تلك القاعدة من جهة أخرى، وهي تصور جريانها في غير العبادات.

وهذه القاعدة مع أنها لم تشتهر بلفظها إلا أن معناها معتبر عند كافة الفقهاء، وإن كانوا يختلفون في تحقيق مناطها في بعض المسائل، فيرى بعضهم

أن الوصف فيها قيد لا يصح الفعل بدونه، بينما يرى آخرون أنه لا يكون بهذه المثابة، فمثلاً: الترتيب في أعمال الوضوء فرض عند الشافعية والحنابلة، فلا يصح الوضوء إلا مرتبًا، وذهب الحنفية والمالكية إلى عدم وجوب الترتيب في الوضوء، بل هو سنة عندهم(١)، فيصح الوضوء مع الإخلال بالترتيب. أما إن ثبت لدى أي منهم أن الواجب مقيد بوصف فلا يختلفون في أن الفعل لا يصح بدون ذلك الوصف؛ لأنه بمنزلة شرط فيه.

وهي من القواعد الكبرى في مجال العبادات، ويكفي دلالة على ذلك أن اعتبار الموالاة - وهي من أوصاف الفعل - لا يكاد يخلو منه باب من أبواب العبادات(٢).

أدلة القاعدة:

١- قاعدة «من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد»، وكذلك قاعدة «مبنى العبادة على رعاية الاتباع» وأدلتهما؛ لأنهما أعم من القاعدة التي بين أيدينا، وأدلة الأعم أدلة للأخص منه، ومن أنص تلك الأدلة على القاعدة التي بين أيدينا:

أ - حديث البراء بن عازب رضي الله عنهما قال: «خطبنا النبي ﷺ يوم الأضحى بعد الصلاة فقال «من صلى صلاتنا ونسك نسكنا فقد أصاب النسك ومن نسك قبل الصلاة فإنه قبل الصلاة ولا نسك له» فقال أبو بردة بن نيار خال البراء: يا رسول الله فإني نسكت شاتي قبل الصلاة وعرفت أن اليوم يوم أكل وشرب وأحببت أن تكون شاتي أول ما يذبح في بيتي فذبحت شاتي وتغديت قبل أن آتي الصلاة قال

---

(١) انظر: الموسوعة الفقهية ١١/ ١٦٤.

(٢) انظر: قاعدة "الفصل اليسير لا يعد قاطعا للموالاة" في قسم القواعد الفقهية.

«شاتك شاة لحم» قال يا رسول الله فإن عندنا عناقا لنا جذعة هي أحب إلي من شاتين أفتجزي عني قال: «نعم ولن تجزي عن أحد بعدك»[١].

قال ابن بطال: «وأجمع العلماء أن من ذبح قبل الصلاة فعليه الإعادة؛ لأنه ذبح قبل وقته»[٢]، وقال ابن عبد البر: «وأجمعوا أنه لا يجزئ الجذع من المعز في الهدايا ولا في الضحايا لقوله (عليه السلام). لأبي بردة: «لم يجز عن أحد بعدك»»[٣].

فقد دل هذا الحديث على أن من خالف المشروع في وقت الأضحية وسنها فإنها لا تجزئ عنه، ويقاس عليها سائر العبادات إذا فعلت في غير وقتها فإنها لا تجزئ.

ب - حديث ابن عباس رضي الله عنهما في زكاة الفطر: «من أداها قبل الصلاة فهي زكاة مقبولة ومن أداها بعد الصلاة فهي صدقة من الصدقات»[٤]. وجه الدلالة من هذا الحديث مثل سابقه.

٢- لما نزلت الآيات التي فيها حكم المظاهر من زوجته، ومنها قوله تعالى: ﴿فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا﴾ الآيات [المجادلة: ٤] أمر النبي ﷺ المظاهر بأن «يصوم شهرين متتابعين»[٥].

---

(١) رواه البخاري ٢/١٧، ١٩، ٢١، ٢٣ (٩٥٥) (٩٦٥) (٩٦٨) (٩٧٦) (٩٨٣)، ٧/٩٩، ١٠٣ (٥٥٤٥) (٥٥٦٠) (٥٥٦٣)، ومسلم ٣/١٥٥٣ (١٩٦١)/(٧)، عن البراء بن عازب رضي الله عنه.

(٢) شرح ابن بطال على صحيح البخاري ٦/٢٥.

(٣) الاستذكار لأبي عمر بن عبد البر ٤/٢٥٠.

(٤) رواه أبي داود ٢/٢٥ (١٦١١)، وابن ماجه ١/٥٨٥ (١٨٢٧).

(٥) رواه أحمد ٣٩/١٠٥ (٢٣٧٠٠)، وأبو داود ٢/٢٦٥ (٢٢١٣)، والترمذي ٣/٤٩٥ (١٢٠٠)، وابن ماجه ١/٦٦٥ (٢٠٦٢)، كلهم عن سلمة بن صخر البياضي رضي الله عنه. وقال الترمذي: حديث حسن.

وجه الدلالة من النصين هو أن الله سبحانه لما أوجب على المظاهر صيام الشهرين متتابعين، أمره النبي ﷺ أيضًا أن يصومهما بوصف التتابع، فدل ذلك على أن الواجب المقيد بوصف لا يتأدى بدون ذلك الوصف.

٣- لو صح أداء العبادة بدون التقيد بالوصف الذي قيدها الشارع به لم يكن للتقييد معنى، وكلام الشارع منزه عن ذلك.

تطبيقات القاعدة :

أولاً - تطبيقات هي أحكام جزئية :

١- إذا لم يجد المظاهر ما يعتق عن ظهاره فعليه صيام شهرين متتابعين بالنص، فإن أفطر فيهما يوما فعليه استقبال الصيام إجماعًا[١]، لفوات صفة التتابع بفطره؛ والواجب المقيد بوصف شرعًا لا يتأدى بدونه[٢].

٢- من وجبت عليه كفارة ظهار فليس له أن يكفر بصيام شهر واحد، وإطعام ثلاثين مسكينًا. وكذلك لو جمع في كفارة اليمين بين إطعام خمسة مساكين وكسوة خمسة آخرين لا يجزئه؛ لأنه لم يخرج الكفارة على وجهها المشروع، وهو أداء خصلة منها بكمالها[٣].

٣- المتمتع الذي لم يجد الهدي يجب عليه أن يصوم ثلاثة أيام في الحج، وسبعة إذا رجع، فمن صام الأيام الثلاثة قبل أشهر الحج، أو صام

---

(١) انظر: الإجماع لابن المنذر ص ٨٥.

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي ١٢/٧. وراجع أيضًا: الروضة البهية للعاملي ٢٦/٣، التاج المذهب للعنسي ٢٥٠/٢، السيل الجرار للشوكاني ٤٤/٤، ٤٥.

(٣) انظر: المبسوط للسرخسي ١٠/٧، تبيين الحقائق للزيلعي ١١/٣، المدونة لسحنون ٤٤٩/٢، الحاوي الكبير للماوردي ٥٢٧/١٠، المغني لابن قدامة ١٦٢/١، التاج المذهب للعنسي ٢٥٠/٢، المحلى لابن حزم ١٤٠/٦.

السبعة الباقية قبل مضي أيام التشريق لم يجزئه[١].

٤- إذا عين عن الأضحية التي في الذمة شاة فتعييت بما يمنع الإجزاء لم تجزئ؛ لأن ذمته لم تبرأ إلا بذبح شاة سليمة، كما لو نذر عتق رقبة أو كان عليه عتق رقبة في كفارة فاشتراها سليمة ثم عابت عنده لم تجزئه عما في ذمته[٢]؛ لأنه لم يؤد الواجب على وجهه.

٥- من وجبت عليه أضحيتان، فذبح واحدًا منهما سمينًا يساوي وسطين لم يجزه[٣]؛ بناءً على موجب هذه القاعدة.

٦- لو أعطى عشرة مساكين ثوبًا بينهم – ولم يقطعه - وهو ثوب كثير القيمة يصيب كل إنسان منهم أكثر من قيمة ثوب لم يجزه من الكسوة؛ لأنه أعطى كسوة واحدة، وهو مطالب بإعطاء عشر[٤].

٧- يجب على المؤذن أن يأتي بالأذان بكلمات الأذان على نفس النظم والترتيب الوارد في السنة دون تقديم أو تأخير لكلمة أو جملة على الأخرى، فإن فعل المؤذن ذلك استأنف الأذان من أوله[٥].

٨- ذهب عامة الفقهاء إلى أن جمع التقديم بين الصلاتين مشروع بصفة الموالاة بينهما، بأن لا يفصل بينهما فاصل طويل، فإن فصل بينهما بفصل طويل ولو بعذر كسهو أو إغماء بطل الجمع ووجب تأخير الصلاة الثانية إلى وقتها لفوات الجمع وإن فصل بينهما بفصل يسير لم

---

(١) انظر: الموسوعة الفقهية ٢/١٩٤. وراجع أيضًا: تذكرة الفقهاء للحلي ٨/٢٧٤- ٢٧٦، البحر الزخار لأحمد بن المرتضى٣/٣٦٩ – ٣٧٠، شرح النيل لأطفيش ٤/٢٠٦، المحلى لابن حزم ٧/١٤٢.

(٢) الشرح الكبير لشمس الدين ابن قدامة ٣/٥٧٥.

(٣) الفروق للكرابيسي ص ٨٦.

(٤) انظر: المبسوط للسرخسي ٨/١٥٢، ١٥٤، الحاوي الكبير للماوردي ١٥/٣٢٧.

(٥) هذا عند الجمهور، " أما الحنفية فعندهم الترتيب سنة، فلو قدم في الأذان جملة على الأخرى أعاد ما قدم فقط ولا يستأنفه من أوله " الموسوعة الفقهية ٢/٣٦٥.

يضر[١]. وكذلك كل عبادة شرعت بصفة التتابع والموالاة والترتيب إن أخل بشيء منها فإنها لا تجزئ، بل يجب استئنافها[٢].

٩- من جامع امرأته في نهار رمضان متعمدًا، وجاز له التكفير بالصيام، وجب عليه أن يصوم شهرين متتابعين، فلو أفطر يومًا في خلال المدة بطل ما قبله ولزمه الاستقبال[٣].

ثانيًا- تطبيقات هي قواعد فقهية :

٣٧٥ ـ نص القاعدة: مَا وَجَبَ دَفْعُهُ عَلَى صِفَةٍ فَأَخَلَّ بِهَا عِنْدَ الدَّفْعِ لَمْ يُجْزِئْ بَلْ لاَ بُدَّ مِنْ اسْتِرْدَادِهِ وَدَفْعِهِ عَلَى وَجْهِهِ[٤].

شرح القاعدة :

هذه القاعدة تضبط طرفًا من كيفية أداء العبادات المالية، من الزكاة، وصدقة الفطر، والهدي، والأضحية، والكفارات، وما يجري مجراها.

ومعناها: أن ما أوجب الشّارع دفعه وإخراجه على صفة معينة أو كيفية مخصوصة فلا يجوز الإخلال بهذه الصّفة أو هذه الكيفية ومخالفتها حين الدّفع والإخراج - سواء أكانت تلك الصفة منصوصًا عليها أو مستنبطة من أدلة الشرع، فمن دفع ما وجب عليه دفعه بصفة خاصّة أو حال خاصّة بغير الصّفة أو الحال المطلوبة شرعًا، لم يجزئه، بل عليه أن يستردّ ما دفعه ممّن دفعه إليه، ثمّ يدفعه ويخرجه على الوجه الشّرعي الواجب، وإلا لم تبرأ ذمته، ولم يؤدّ ما وجب عليه[٥].

---

(١) انظر: الموسوعة الفقهية ٣٩/٢٤٤.

(٢) انظر: المصدر السابق ما قبله وما بعده، وراجع أيضًا قاعدة "الفصل اليسير لا يعد قاطعًا للموالاة" في قسم القواعد الفقهية.

(٣) انظر: البحر الرائق لابن نجيم ٢/٢٩٨، الحاوي الكبير للماوردي ٣/٤٣٢. وراجع أيضًا: شرح النيل لأطفيش ٣/٤٠٠.

(٤) المنثور في القواعد للزركشي ٣/١٥٧.

(٥) انظر: موسوعة القواعد الفقهية ٩/٣٠٢.

ولا يخفى أن وجوب استرداد ما دفع على وجه غير مشروع ليس على ظاهره؛ بل المراد أن ما دفع لا يجزئ، وما فعل لا يعتد به شرعًا؛ لأن المطلوب أداء العبادة على الصفة التي ورد بها الشرع، وحيث كان كذلك، وجب عليه أن يسترد عين ما دفع حتى يدفعه ثانية على وجهه المشروع، إن كان لا يريد أن يدفع بدله، أما إن كان يدفع غيره بدل ما دفع فلا ريب أن له ذلك، ولا يلزمه استرجاع ما دفع أولاً؛ لأنه خاصة ملكه، ولا أحد يُمنَع من ترك حقه وماله الخاص لغيره، لا سيما وأن ما دفع أولاً يصبح صدقة من الصدقات.

ومع أن التطبيقات التي ذكرها الزركشي لهذه القاعدة استعملت فيها كلمة «الصفة» على أنها صفة للعين المدفوعة، ولكن لا مانع من تعميمها بحيث يدخل فيها الهيئة والكيفية، والزمان، والمكان، والمقدار، والنوع ونحو ذلك من الأمور -كما سبق آنفًا، فمن وجب عليه دفع وإخراج شيء موصوفًا ومقيدًا بشيء من ذلك فمتى ما أخل المكلف بذلك لا يكون دفعه مجزئًا، بل يجب عليه أن يدفعه ثانية حتى تبرأ ذمته. وهذا التعميم يسوغه ما جاء في عجز القاعدة: «دفعه على وجهه»، فعلى ذلك تكون الصفة هنا بمثابة الشرط الذي تتوقف عليه صحة العبادة وإجزاؤها.

والقاعدة وإن لم نقف على من ذكرها بهذا اللفظ غير الزركشي – رحمه الله تعالى – إلا أن معناها معتبر – في الجملة – كأصلها، عند سائر الفقهاء أيضًا؛ لأنها من القواعد المتعلقة بأداء العبادات؛ وقد تقرر شرعًا أن «مبنى العبادات على رعاية الاتِّباع»[1]، وأن «الواجب المقيد بوصف شرعًا لا يتأدى بدونه»[2].

(١) أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ١/ ٢٢٤.
(٢) المبسوط للسرخسي ٧/ ١٢.

ومن تطبيقاتها:

١- لو دفع الهدي إلى الفقراء وهو حي فذبحوه، لا يجزئه ويسترده ثم يدفعه إليهم ثانيًا؛ لأنه يجب عليه أن يسلمه لهم مذبوحًا، فلم يجزئ غير مذبوح[١]، وكذلك لو تصدق بالأضحية أو شاة العقيقة قبل ذبحها لم يجزئه ذلك عن الأضحية أو العقيقة؛ لأن المشروع في ذلك كله إراقة الدماء، لا مطلق التصدق[٢]، فلو لم يرق الدم لم يأت بالمأمور به.

٢- لو دفع بنت مخاض معجلة عن خمس وعشرين ثم في آخر الحول صارت ستًا وثلاثين وصارت بنت المخاض بنت لبون فلا بد من استردادها وإعطائها لهم ثانيًا[٣].

٣- إذا كان له دين على فقير فأعطاه دينه من الزكاة لم يجز بل طريقه أن يدفع إليه الزكاة ثم يدفعها إليه الفقير من دينه[٤].

٤- يجب دفع صدقة فطرِ كل شخص إلى مسكين واحد حتى لو فرقه على مسكينين أو أكثر لم يجز؛ لأن المنصوص عليه هو الإغناء؛ لقوله -عليه الصلاة والسلام- «أغنوهم عن المسألة في مثل هذا اليوم»[٥]

---

(١) انظر: المنثور للزركشي ٣/١٥٧، الفروق للكرابيسي ص ٧١، المغني لابن قدامة ٩/٣٦٢.

(٢) انظر: الموسوعة الفقهية ٣/٧. وراجع أيضًا: بدائع الصنائع للكاساني ٥/٦٦.

(٣) المنثور للزركشي ٣/١٥٧.

(٤) المصدر السابق. وانظر أيضًا: الشرح الكبير لشمس الدين ابن قدامة ٢/٦٨٧، ٧٠٩، كتاب التحرير لأبي طالب يحيى بن الحسين الهاروني ١/١٥٨.

وقال الحنفية: لو تصدق بشيء من عين ما عليه من الدين ينوي به الزكاة جاز عن زكاة هذه الدين، ولا يجوز عن زكاة دين آخر، ولا عن عين أخرى. انظر: الفروق للكرابيسي ص ٧١.

(٥) رواه البيهقي في السنن الكبرى ٤/٢٩٢ (٧٧٣٩)، وابن زنجويه في الأموال٣/١٢٥١ (٢٣٩٧)، وابن وهب في الجامع ١/١١٥ (١٩٨) من حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما.

ولا يستغنى بما دون ذلك[1]، فإذا فرقها لم تجزئه؛ لأنها لم تخرج بصفتها المشروعة.

٥- لا يجوز إخراج الرديء والمعيب في الزكاة، ولا في الأضحية، ولا الهدي ولا الكفارات؛ لأنه مكلف شرعًا بإخراج الأوسط من أمواله؛ فلو أخرج ما دونه فقد أخل بما هو واجب عليه، فلم يجزئه[2].

٦- ويستثنى من هذه القاعدة المتفرعة: ما «إذا خُرِص عليه الرطبُ، فأعطاه للفقراء، رطبا ثم جف، عندهم وجف أيضًا عند المالك، أجزأه ولا يلزمه استرداده ثم دفعه إليهم ثانيًا»[3].

د. محمد خالد عبد الهادي هدايت

* * *

---

(١) تبيين الحقائق للزيلعي ٣١١/١.
والمسألة مختلف فيها عند الحنفية، فجوز الكرخي ومن وافقه جواز التفرقة. انظر: المصدر نفسه.

(٢) انظر: هذا المعنى في المبسوط للسرخسي ١٥/١٢، الأم للشافعي ٥٨/٢، الحاوي الكبير للماوردي ٢٦٦/٣، تفسير القرطبي ٣٢١/٣، و٣٢٦، المغني لابن قدامة ٣٠٥/٢، ٣٦٥، المحلى لابن حزم ٢٦٦/٥، الموسوعة الفقهية ١٤١/٤٣.

(٣) المنثور للزركشي ١٥٨/٣.

فهرس المجلد الثامن